

AVANCES EN LA DISCUSIÓN DE TEMAS DE CONSTITUCIONALISMO SOCIAL: VISIÓN DE LOS ESTUDIANTES

Ponencias ganadoras del I Concurso Nacional de Semilleros de Investigación

*María Lucía Torres V.
Paola Marcela Iregui P.*
-Editoras académicas-



**Fundación
Hanns
Seidel**



UNIVERSIDAD DEL ROSARIO

*Colección Textos de Jurisprudencia
Serie Semilleros*



**Fundación
Hanns
Seidel**



**Avances en la discusión de temas
de constitucionalismo social:
visión de los estudiantes**

Avances en la discusión de temas de constitucionalismo social: visión de los estudiantes

*Ponencias ganadoras del
I Concurso Nacional de Semilleros
Universidad del Rosario,
septiembre 14, 15 y 16 de 2011*

María Lucía Torres V.
Paola Marcela Iregui P.
-Editoras académicas-



Colección Textos de Jurisprudencia
Serie Semilleros

© 2011 Editorial Universidad del Rosario
© 2011 Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia
© 2011 Fundación Hanns Seidel
© 2011 María Lucía Torres V., Paola Marcela Iregui P., Beatriz Londoño Toro,
Germán Andrés Camargo, Yénifer Yiseth Suárez Díaz,
Fabián Andrés Rojas Bonilla, David Sierra Sorockinas

ISBN: 978-958-738-235-8

Primera edición: Bogotá D.C., diciembre de 2011
Coordinación editorial: Editorial Universidad del Rosario
Corrección de estilo: Andrés Cote Navarro
Diseño de cubierta: Lucelly Anaconas
Diagramación: Precolombi EU-David Reyes
Impresión: Estrategikmente
Editorial Universidad del Rosario
Carrera 7 No. 13-41, of. 501 • Tel: 297 02 00
<http://editorial.urosario.edu.co>

Todos los derechos reservados. Esta obra no puede ser reproducida sin el permiso
previo escrito de la Editorial Universidad del Rosario

I Concurso Nacional de Semilleros Universidad del Rosario

Avances en la discusión de temas de constitucionalismo social: visión de los estudiantes
/ Ponencias ganadoras del I Concurso Nacional de Semilleros Universidad del Rosario,
septiembre 14, 15 y 16 de 2011, María Lucía Torres V. y Paola Marcela Iregui P., editoras
académicas. — Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2011.
102 p. (Colección Textos de Jurisprudencia, Serie Semilleros)

ISBN: 978-958-738-235-8

Derecho Constitucional – Congresos, Conferencias, etc. / Estado Social de Derecho
– Congresos, Conferencias, etc. / Derecho de Aguas – Congresos, Conferencias, etc. /
Derecho Civil – Congresos, Conferencias, etc. / I. Torres V., María Lucía / II. Iregui P.,
Paola Marcela / III. Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia / VI. Título
/ V. Serie.

340.02 SCDD 20

Impreso y hecho en Colombia
Printed and made in Colombia

Contenido

Presentación.....	ix
<i>María Lucía Torres Villarreal</i>	
Introducción	1
<i>Beatriz Londoño Toro</i>	
 Ponencia ganadora del primer puesto Aplicación del Estado de Cosas Inconstitucional sobre desplazamiento forzado a migrantes internacionales y refugiados naturales colombianos.....	 5
<i>Germán Andrés Camargo Fonseca,</i> Universidad Santo Tomás, Sede Tunja	
 Ponencia ganadora del segundo puesto El Estado social de derecho y las medidas alternativas a la prisión en Colombia.....	 33
<i>Fabián Andrés Rojas Bonilla y</i> <i>Yénifer Yiseth Suárez Díaz,</i> Universidad Nacional de Colombia, sede Bogotá	

Ponencia ganadora del tercer puesto

**El derecho al acceso al agua potable: discusiones
entre los derechos fundamentales y los servicios
públicos domiciliarios en la Constitución de 1991 65**

David Sierra Sorockinas,

Universidad de Antioquia

Presentación

Uno de los objetivos principales de la Fundación Hanns Seidel es educar en la democracia, es decir, fomentar entre las nuevas generaciones el estudio de temas relacionados con el modelo democrático, para que sean ellos, los ciudadanos del futuro, quienes asuman los deberes y las responsabilidades que trae consigo el ejercicio de los derechos.

Educar en la democracia es motivar a las nuevas generaciones a buscar los elementos que consideren esenciales para que exista un verdadero modelo democrático, como máxima expresión política; significa dotarlas de las herramientas para investigar y analizar el porqué de muchos fenómenos y situaciones que caracterizan el mundo moderno y que requieren de una revisión detallada y juiciosa.

Una formación completa debe incluir la investigación. La labor de la enseñanza no se puede reducir a clases magistrales, pues aunque estas constituyen la transmisión del conocimiento por excelencia, quienes las imparten y quienes las reciben tienen la necesidad de aprender del mundo real, y esto solo se consigue con la investigación, desde los niveles iniciales hasta los más avanzados.

La consignación de los conocimientos en documentos escritos es la inmortalización de ideas que las futuras generaciones revisarán y convertirán en la base de importantes trans-

formaciones legislativas, sociales y políticas, o que ayudarán a profundizar en el estudio de diversos temas. Todo ello es de gran valor para los lectores de todos los tiempos.

Conscientes de ello, y particularmente de la importancia de fomentar entre los estudiantes el estudio de temas relacionados con la democracia, la participación ciudadana y los derechos humanos, desde distintas visiones del derecho, la Fundación Hanns Seidel y el Observatorio Legislativo de la Universidad del Rosario aunaron esfuerzos para crear la presente colección, dedicada a recoger en sus páginas los estudios y las reflexiones de los estudiantes de derecho. El propósito es apoyar, en primer término, el fortalecimiento de la democracia por medio del estudio de sus bases y principios, y en segundo lugar, el desarrollo de la labor de investigación formativa, hoy tan importante en la enseñanza del derecho.

Cada año, esta colección recogerá las ponencias seleccionadas por pares académicos de alto nivel, después de valorar los criterios básicos de publicación del nivel formativo. El llamado se dirige, pues, a todos los estudiantes de Derecho, para que dediquen tiempo de su formación académica y profesional a la investigación de temas de especial relevancia en nuestra nación, y para que aporten, desde su rol, a la construcción de un mejor país.

María Lucía Torres Villarreal
Directora del Observatorio Legislativo
Universidad del Rosario

Introducción

Durante los días 14, 15 y 16 de septiembre de 2011 se realizó en la Universidad del Rosario el Primer Concurso Nacional de Semilleros de Investigación, en el marco del Seminario Internacional “Veinte años de Constitucionalismo Social”.

En el ejercicio pedagógico de este encuentro se observaron los resultados y la importancia de la investigación formativa en las facultades de Derecho. Se presentaron 41 ponencias, de las cuales 36 fueron seleccionadas para participar en el concurso. De estas, 21 procedían de universidades de Bogotá y 16 de universidades de otras ciudades del país.

Participaron, por Bogotá, semilleros de las universidades de la Sabana, Sergio Arboleda, Católica de Colombia, Cooperativa de Colombia, La Gran Colombia, Santo Tomás, Nacional de Colombia, Pedagógica y del Rosario. De igual forma, vinieron a este concurso los semilleros de las universidades de Antioquia, del Atlántico, Mariana de Pasto, Pedagógica y Tecnológica de Colombia (UPTC) sede Tunja y Santo Tomás de la misma seccional.

Es emocionante ver a la generación de relevo de las facultades de Derecho presentar sus investigaciones, debatir las conclusiones y aportar propuestas para consolidar la eficacia de los derechos sociales y de las instituciones establecidas en la Constitución de 1991.

La pertinencia de los trabajos, la construcción de sus propuestas metodológicas y los problemas e hipótesis planteados, nos muestran que las discusiones y la investigación constitucional están presentes en las universidades colombianas y seguirán siendo importantes ejes de reflexión e incidencia en los próximos años. Los avances de la jurisprudencia constitucional seguramente seguirán contando con la evaluación garantista y crítica de la academia.

Debemos agradecer especialmente a quienes propiciaron este espacio: a la coordinación académica del Dr. Julio Gaitán, director del Doctorado en Derecho de la Universidad del Rosario, y de la Dra. Martha SÁCHICA, coordinadora del Área de Derecho Constitucional de la Facultad de Jurisprudencia, en la misma universidad.

La organización del evento y del concurso contó con un equipo de altas calidades, liderado por los doctores Luis Manuel Castro, Clara Inés Atehortúa, Ximena Sierra, María Lucía Torres, Adriana Borda y Julieth Grajales; y en la logística del concurso reconocemos el apoyo del Semillero de Investigación en Derechos Humanos y de Soraya Estefan, Adriana Becerra, Sheila Giraldo y Martha Gallego. Fueron también muy importantes los aportes y la participación de los profesores de las áreas de Derecho Constitucional, Derechos Humanos, Derecho Penal y Teoría del Derecho de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario; y de los magistrados auxiliares de la Corte Constitucional y los profesores externos que nos apoyaron como jurados de los trabajos escritos y de las sustentaciones orales en las mesas de trabajo y en la ronda final.

La publicación de este trabajo es posible gracias a la financiación de la Fundación Hanns Seidel. Esperamos que su difusión, a través de la página web y de la edición impresa, sirva

para darles continuidad a estos esfuerzos, y reconocimiento al trabajo serio y responsable de los estudiantes de Derecho de nuestro país.

El trabajo que ocupó el primer lugar pertenece al Semillero de la Universidad Santo Tomás de Tunja. El autor es el estudiante Germán Andrés Camargo Fonseca, quien en su ponencia “Aplicación del estado de cosas inconstitucional sobre desplazamiento forzado a inmigrantes internacionales y refugiados naturales colombianos”, plantea una novedosa hipótesis acerca de las obligaciones del Estado colombiano para con los migrantes internacionales.

El siguiente trabajo, que ocupó el segundo lugar, fue presentado por los estudiantes Yénifer Yiseth Suárez Díaz y Fabián Andrés Rojas Bonilla, de la Universidad Nacional de Colombia. Su reflexión y aportes críticos, de gran novedad y utilidad, se ocupan de “El Estado social de derecho y las medidas alternativas a la prisión en Colombia”.

Finalmente, se encuentra el trabajo del estudiante de la Universidad de Antioquia e integrante de su Semillero, David Sierra Sorockinas. El tema es de actualidad: “El derecho al acceso al agua potable: discusiones entre los derechos fundamentales y los servicios públicos domiciliarios en la Constitución de 1991”. En este trabajo se presentan las líneas jurisprudenciales de la Corte Constitucional en relación con el acceso al agua potable y las garantías del derecho, y se plantean alternativas creativas para que las autoridades locales asuman el reto de garantizar el mínimo vital en materia de agua potable.

Beatriz Londoño Toro

Directora del Grupo de Investigación en Derechos Humanos
de la Universidad del Rosario

Aplicación del Estado de Cosas Inconstitucional sobre desplazamiento forzado a migrantes internacionales y refugiados naturales colombianos

Germán Andrés Camargo Fonseca*

Resumen

La caracterización del desplazamiento forzado como estado de cosas inconstitucional, por parte de la Corte Constitucional colombiana, obliga al Estado a la protección de personas que, encontrándose en el territorio estatal, padecen situaciones de inferioridad y vulnerabilidad en comparación con los demás ciudadanos. La Ley 387 de 1997 definió lo que debe entenderse por *desplazado*, y en ella se basó la Corte Constitucional para promulgar las *órdenes de ejecución compleja* y *órdenes de carácter simple* contenidas en la Sentencia T-025 de 2004.

* Estudiante de noveno semestre de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás de Tunja. Adscrito al Centro de Investigaciones Sociojurídicas Ciusta, en el semillero de investigación sobre Tortura y Relaciones Internacionales, dirigido por el Dr. Eyder Bolívar. Correo electrónico: <gafo444@hotmail.com>.

Sin embargo, en la aplicación de estos instrumentos se evidencia un problema: en ninguno de ellos se mencionan los que conocemos como *migrantes forzados externos*, quienes por lo tanto, a primera vista, no se beneficiarían de las acciones estatales que dan cumplimiento a las órdenes emanadas de la Corte. Finalmente, es necesario analizar si el fenómeno del *refugio*, como consecuencia del desplazamiento forzado, es admisible en el Estado social de derecho colombiano, y evaluar si las estadísticas que demuestran su aumento permiten considerar superado el estado de cosas inconstitucional.

Palabras clave: migración interna, migración externa, refugiado, estado de cosas inconstitucional, desplazamiento forzado, igualdad.

Introducción

Desde la década de los ochenta, en el ámbito latinoamericano, Colombia ha adquirido un lugar prominente en las estadísticas relacionadas con la migración de nacionales hacia el exterior, y esta migración se ha incrementado año tras año, como lo reflejan datos expedidos por la Organización Internacional para las Migraciones (OIM).¹ Es un deber de la academia estudiar las causas de esta situación social, y además indagar sobre la posible responsabilidad del Estado, relacionada con su papel de garante del bienestar de sus asociados. Tal es el propósito de este texto.

Ya algunas instituciones del Estado colombiano han emprendido el estudio de esas causas; entre ellas, de manera destacada, la Corte Constitucional, a propósito del fenómeno jurídico que ha denominado *estado de cosas inconstitucional*

¹ Consultar: <www.iom.int> y <www.oim.org.co>.

(ECI). El tribunal ha analizado este *estado* en diversos pronunciamientos, y con la intención de remediarlo ha promulgado *órdenes de ejecución compleja* y *órdenes de carácter simple*,² que determinan obligaciones generales y concretas, en cabeza del Ejecutivo, para hacer efectiva la protección de la población en situación de desplazamiento forzado.

Ahora bien, hace falta que en los fallos de la Corte Constitucional se realice un estudio sobre las diferentes formas o figuras que pueden adoptar los sujetos protegidos, entendidos como migrantes forzados,³ pues existen variantes como las que expresan las denominaciones de *refugiados*, *solicitantes de asilo*, *desplazados por proyectos de desarrollo*, *desplazados internos*, *desplazados por desastres naturales*, *desplazados por cambio climático*, *desplazados por desastres relativos a la actividad humana*, *víctimas de tráfico internacional* y *retornados* (Castles, 2004). En los fallos de la Corte no se habla del ciudadano colombiano que se ve obligado a emigrar del país debido a las mismas causas que mueven al migrante interno, este sí plenamente identificado como sujeto de protección especial en la sentencia que declara el desplazamiento forzado como estado de cosas inconstitucional, la T-025 de 2004.

Al estudiar las razones por las que se ha incrementado el movimiento migratorio de la población colombiana hacia países vecinos, es decir, el permanente conflicto armado y la falta de garantías por parte del Estado (*El Informador*, 2010), nos encontramos con la necesidad de analizar si es pertinente exigir de este último garantías para el migrante externo, sobre

² Véase Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-025 de 2004, M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

³ Consúltase la página web de Forced Migration Online: <www.forcedmigration.org>.

la base de lo dispuesto por la Corte Constitucional a propósito del migrante interno. Esto en aras de la aplicación del derecho a la igualdad, cuyo cumplimiento cualquier persona está legitimada para exigir, y especialmente con motivo de circunstancias especiales como las que nos ocupan. Consideramos que no es válido limitar el ejercicio de este derecho con la justificación, por ejemplo, de que el migrante externo haya solicitado refugio en algún país vecino, aunque esta acción le otorgue una calidad diferente a la luz del derecho internacional.

El Estado colombiano, a través del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (Acnur), ha tomado ciertas determinaciones importantes en la búsqueda de soluciones al problema del desplazamiento forzado, interno y externo. Un ejemplo fue la adopción de la Declaración y Plan de Acción de México para Fortalecer la Protección Internacional de los Refugiados en América Latina, con la cual asumió obligaciones atinentes al derecho migratorio y al derecho de los refugiados.

Lo anterior nos motiva a evaluar la posible responsabilidad estatal resultante del incumplimiento de las obligaciones emanadas de instrumentos internacionales y de la misma Carta Política colombiana; y por esta vía, a identificar algunas medidas que el Estado debe implementar para proteger, a la luz de las obligaciones referidas, el bienestar de sus asociados.

Metodología

Para realizar este estudio se utilizó el método analítico-descriptivo. El aspecto analítico se basa en el análisis de la doctrina emanada de las instituciones internacionales competentes para regular el tema migratorio y de los refugiados; y en el examen del derecho internacional migratorio y de los instrumentos adoptados por la Organización de las Naciones

Unidas (ONU), la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la Organización de Estados Americanos (OEA) y el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (Acnur), pues son estas las entidades que tratan con mayor profundidad el tema. Además, la doctrina sobre la materia de la migración es pertinente como sustento de definiciones estructuradas y concretas, y de una sólida argumentación; y lo mismo vale decir de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana sobre el desplazamiento forzado, sobre su condición de estado de cosas inconstitucional y sobre los conceptos de igualdad formal y material.

El aspecto descriptivo, por su parte, consiste en el estudio de hechos reales, recurriendo a investigaciones sobre las migraciones y sobre sus posibles causas, particularmente el conflicto armado y falta de garantías para el asociado.

Formulación del problema

¿Debe el Estado colombiano conceder al migrante forzado externo las garantías que la Corte Constitucional reconoció al migrante forzado interno en su declaratoria del desplazamiento forzado como estado de cosas inconstitucional, en aras del derecho a la igualdad?

Marco histórico

A lo largo de buena parte del siglo XX el territorio colombiano ha estado marcado por una constante, el conflicto armado, que nació como una lucha política e ideológica en la que cada facción buscaba consolidar una institucionalidad.

En los años cincuenta, sesenta y ochenta se conformaron grupos como las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Co-

lombia (FARC) y el Ejército de Liberación Nacional (ELN),⁴ que atribuyeron un carácter político e ideológico a su lucha (Ortiz, 2000). El conflicto se acentuó y la situación se hizo más gravosa. Las cada vez más frecuentes muertes de civiles, usadas como estrategia para desestabilizar al Gobierno de turno y hacerle cumplir determinadas exigencias, empezaban a conmover a toda la sociedad y deslegitimaban al Estado (Cromos, 2003). Estos hechos se extendieron por todo el territorio nacional, pero eran más frecuentes en zonas donde la acción del Gobierno era escasa o incluso nula. En efecto, los grupos al margen de la ley a tomaron el control de estas zonas, por lo general de difícil acceso, como la Orinoquía, la Amazonía y ciertos sectores de los Andes (Zuluaga, 2004). Como respuesta, el Estado ideó políticas de intervención para recuperar el control de estas regiones, que resultaban estratégicas, y el conflicto se recrudeció. Aumentaron las violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, como las masacres.⁵

Así empezamos a hablar del desplazamiento forzado, que ha sido una constante hasta el día de hoy (Forero, 2003), como resultado de la agravación del conflicto en el que se ven envueltos el Estado y sus asociados. El desplazamiento se ha convertido, en Colombia, en un grave problema humanitario (Acnur, 2004a). Los ciudadanos colombianos afectados por la violencia interna empezaron a moverse en masa dentro de las fronteras nacionales, y sin control alguno; la gran mayoría, en

⁴ “Conflicto armado y paramilitarismo en Colombia”. En <www.derechos.org/nizkor/colombia/ya/confarm1.htm>.

⁵ Podemos referir la de Segovia (Antioquia), en 1988; la de Mapiripán (Meta), en 1997; la de El Salado (Bolívar), en 2000; la de Bojayá (Chocó), en 2002, entre muchas otras.

busca de mejores oportunidades para vivir, o apenas sobrevivir, se dirigieron a destinos alejados de sus lugares de procedencia, y en ellos ejercieron un impacto social notable, particularmente en aquellos donde se concentraron los mayores flujos migratorios, como la ciudad de Bogotá. Estos movimientos alteraron la distribución nacional de la población, de manera que las grandes ciudades concentraron altas densidades, y los campos, azotados por la violencia, fueron abandonados (Departamento Administrativo Nacional de Estadística [DANE], Dirección de Metodología y Producción Estadística, 2003).

La situación social obligó al Estado a crear organismos especializados en la protección de personas desplazadas. Ley 387 del 18 de julio de 1997, *Por la cual se adoptan medidas para la prevención del desplazamiento forzado; la atención, protección, consolidación y estabilización socioeconómica de los desplazados internos por la violencia en la República de Colombia*, reglamentó la conformación de lo que sería el Sistema Nacional de Atención Integrada a la Población Desplazada por la Violencia. Un sistema completo para la atención al desplazado, que debía cuidar de su protección y de los mecanismos de restablecimiento y retorno, y velar por el equilibrio económico y normalización de las condiciones de vida, entre otros aspectos.

Pero es de destacarse que esa ley, aunque fue reglamentada por los decretos 951, 2562 y 2569 de 2001, no se materializó en una debida asignación presupuestal, y por ello su protección permaneció en un plano apenas formal. Así lo evidencia la fecha de su reglamentación, casi cinco años después de su expedición (a pesar de su carácter de urgencia). Estas falencias, por supuesto, repercutieron en el desarrollo de las políticas y soluciones para los desplazados, quienes, además, se encontraron una serie de trámites que les dificultaban acceder a las garantías legales de las que eran acreedores. En numerosos

casos debieron recurrir a acciones judiciales, específicamente a la acción de tutela. Al respecto, la Corte Constitucional dijo en su Sentencia T-025 de 2004: “Inclusive, se ha llegado a agravar la situación de afectación de los derechos de la población desplazada ante la *exigencia impuesta por algunos funcionarios de la interposición de acciones de tutela como requisito previo* para que las autoridades encargadas de su atención cumplan con sus deberes de protección” (las cursivas fueron añadidas).

Esta circunstancia llevó a la Corte Constitucional a evaluar la avalancha de acciones de amparo que se presentaban en contra del Gobierno relacionadas con el desplazamiento forzado. La corporación profirió entonces la Sentencia T-025 de 2004, en la cual realizó un análisis minucioso de la situación del país en dicha materia, desde la perspectiva administrativa. El tribunal, rebasando su órbita de acción judicial, se ocupó de la aplicación de principios constitucionales, como el de colaboración armónica de las ramas de poder público del Estado, en favor de la garantía de los fines del Estado social de derecho.⁶

El objeto de la sentencia era declarar el desplazamiento forzado como un *estado de cosas inconstitucional*,⁷ tras verificar ciertos requisitos especiales y examinar en detalle las circunstancias que motivaban las acciones de tutela. En ella, la Corte hace referencia al fallo SU-1150 de 2000, sentencia hito (López Medina, 2006) en materia de principios constituciona-

⁶ Entiéndase por tal lo establecido en el artículo 2.º, inciso 2.º de la Constitución Política de 1991.

⁷ Otras sentencias de la Corte Constitucional se pronuncian sobre la declaratoria de estado de cosas inconstitucional: SU-559 de 1997, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz; T-153 de 1998, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz; T-068 de 1998, M.P.: Alejandro Martínez Caballero; T-1695 de 2000, M.P.: Marta Victoria Sáchica Méndez; y T-025 de 1998, M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

les sobre desplazamiento forzado. En dicho fallo, “la Corte fija una serie de lineamientos que deben regir la atención a la población desplazada con el fin de proteger sus derechos fundamentales. Puntualiza además que tales lineamientos tiene el carácter de ‘imperativos constitucionales’ y, por tanto, su cumplimiento puede ser exigido mediante acciones constitucionales” (Vidal López, 2007).

Ahora bien, es momento de aclarar que en todo este marco histórico se contempla solamente la situación de los sujetos denominados *migrantes internos*. Pero el presente estudio se concentra en lo que ocurre más allá de las fronteras del país. Y es que en algunas fronteras, principalmente en las que separan a Colombia de Venezuela y Ecuador, el conflicto se acentúa (Ocando, 2008) debido a la creciente presencia de grupos al margen de la ley que buscan evitar las acciones estatales.

La presencia de esos grupos en las fronteras motiva un creciente movimiento de personas hacia el exterior del país, según las estadísticas de solicitudes de refugio por parte de ciudadanos colombianos;⁸ estadísticas que, por lo demás, dan cuenta de la crisis humanitaria que afronta la nación. Los migrantes traspasan las fronteras en busca de oportunidades de vida en países como Ecuador y Venezuela (NTN24, 2011), con la esperanza de no encontrar allí los mismos problemas que los aquejan en Colombia. Con respecto a este movimiento se debe añadir que “en la medida en que se intensifican y expanden los circuitos de circulación de bienes, servicios y cultura, las migraciones locales e internacionales crecen” (Vidal López, 2007).

En vista de la situación, la ONU estableció una oficina permanente del Acnur en Colombia, que comenzó a funcionar

⁸ Consultar <www.acnur.org>.

entre 1997 y 1998. Y podemos decir que el Estado procuró ejecutar políticas encaminadas a solucionar los elevados índices de migrantes y refugiados en los países vecinos, así como en su propio territorio.

Además, es preciso mencionar la creación de la Declaración y Plan de Acción de México para Fortalecer la Protección Internacional de los Refugiados en América Latina, durante la celebración del vigésimo aniversario de la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados de 1984, pues de aquel instrumento emanan obligaciones específicas para el Estado Colombiano, que son el objeto del presente estudio.

Obligaciones emanadas de la Sentencia T-025 de 2004

Como se dijo, la Corte Constitucional, en la Sentencia T-025 de 2004, atendiendo al principio de colaboración armónica de las ramas del poder, emitió las que llamó órdenes de ejecución simple y órdenes complejas, mediante las cuales obliga al Ejecutivo a realizar las acciones necesarias para adecuar el presupuesto nacional a las exigencias derivadas del desplazamiento forzado. En dicha sentencia, la Corte también declara el estado de cosas inconstitucional respecto del desplazamiento forzado, para lo cual se apoya en la definición establecida por la Ley 387 de 1997, así:

Es desplazado toda persona que se ha visto forzada a migrar *dentro del territorio nacional* abandonando su localidad de residencia o actividades económicas habituales, porque su vida, su integridad física, su seguridad o libertad personales han sido vulneradas o se encuentran directamente amenazadas, con ocasión de cualquiera de las siguientes situaciones: Conflicto armado interno, disturbios y tensiones

interiores, violencia generalizada, violaciones masivas de los Derechos Humanos, infracciones al Derecho Internacional Humanitario u otras circunstancias emanadas de las situaciones anteriores que puedan alterar o alteren drásticamente el orden público. [Cursivas añadidas.]

Con base en esta definición, la Corte determinará cuáles son las obligaciones que le competen al Estado colombiano y quiénes las personas legitimadas para ser beneficiarias de su acción. No es difícil ver que la Ley 387 hizo una clasificación tajante de los desplazados, de la que resultan excluidas muchas personas que podrían tener las mismas calidades que las que resultaron incluidas: nos referimos a quienes, en las mismas circunstancias (conflicto armado interno, disturbios y tensiones, violencia generalizada, etc.) se ven obligados a desplazarse, pero en virtud del derecho a escoger con libertad su domicilio, o a la insuperable coacción ajena, no lo hacen dentro de los límites territoriales del Estado, sino fuera de estos.

Es necesario, pues, distinguir entre lo que se entiende por *migración* (fenómeno geográfico) y por *migrante* (fenómeno social), para, a su vez, diferenciar entre *migrante interno* y *migrante externo*. Para tal fin, nos valdremos de lo dicho por la OIM:

Desde un punto de vista geográfico, la “migración” es el movimiento de una persona o grupo de personas de una unidad geográfica hacia otra a través de una frontera administrativa o política, con la intención de establecerse de manera indefinida o temporal en un lugar distinto a su lugar de origen.

Visto desde un punto de vista humano, cualquier persona que deja su país con la intención de residir en otro, se llama

“emigrante”. En el nuevo país, esa persona será considerada como un “inmigrante”, o se le otorgará una designación similar que estará determinada bajo las leyes nacionales, debido a que cada Estado enmarca sus propias leyes de inmigración. El término “migrante” es más general que “emigrante” o “inmigrante”, debido a que no especifica la dirección del movimiento. (OIM, 2009)

Tenemos, entonces, que el objeto de estudio será el migrante, entendido como aquel individuo que se mueve de un lugar a otro, atravesando fronteras políticas. Lo analizaremos a la luz de la Sentencia T-025 de 2004, para evaluar si es posible articular el concepto de *desplazado*, emanado de la Ley, con la declaratoria de estado de cosas inconstitucional, formulada por la Corte Constitucional, y encontrarles aplicación en el sujeto caracterizado como *migrante externo*.

A primera vista, esa articulación y aplicación son factibles, sin embargo, si somos estrictos en la utilización de los conceptos, la situación se torna confusa. Hablamos de la figura internacional del *refugiado*; pues bien, surge el problema de saber si efectivamente el sujeto que ha tenido que abandonar su casa y su tierra, al tomar la decisión de salir del país, pierde la calidad de *desplazado forzado* para adquirir la de *refugiado*. En términos estrictos, este último es un concepto distinto, y por ende acarrearía efectos diferentes, como la inaplicabilidad del estado de cosas inconstitucional.

Conocemos ya la definición de *desplazado*, pero debemos completar el planteamiento del problema con el concepto de *refugiado*, y para hacerlo recurriremos a la definición propuesta por la Convención de Refugiados de 1951, mandato general del Acnur: “Un refugiado es una persona que debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión,

nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país” (Acnur, 2011).

Vidal López (2007) ha dicho que “los desplazados internos son personas que se encuentran en situaciones como las de los refugiados, pero que no han cruzado una frontera internacional”. Esta afirmación hace más sencilla la comprensión del problema planteado.

Una vez definidos los conceptos básicos, caractericemos las órdenes de ejecución compleja, que la Corte Constitucional, con la Sentencia T-025, le ha impuesto al Gobierno:

En el caso presente, la Sala Tercera de Revisión dará dos tipos de órdenes. Unas órdenes de ejecución compleja, relacionadas con el estado de cosas inconstitucional y dirigidas a garantizar los derechos de toda la población desplazada, independientemente de que hayan o no acudido a la acción de tutela para la protección de sus derechos. Tales órdenes tienen como finalidad que las entidades encargadas de atender a la población desplazada establezcan, en un plazo prudencial, y dentro de la órbita de sus competencias, los correctivos que sean necesarios para superar los problemas de insuficiencia de recursos destinados y de precariedad de la capacidad institucional para implementar la política estatal de atención a la población desplazada.⁹

⁹ Véase la parte resolutive de la Sentencia T-025 de 2004, donde se encuentran las órdenes precisas y el cronograma que le impone la Corte al Gobierno para remediar el estado de cosas inconstitucional.

El tribunal, en esta providencia, construye una especie de cronograma que debe seguir el Gobierno nacional, por medio de las entidades relacionadas con el problema del desplazamiento forzado, que deben realizar actividades urgentes para solucionar el estado de cosas inconstitucional declarado en la misma sentencia.

Las órdenes referidas hacen relación a cuestiones que van desde lo presupuestal hasta lo meramente procedimental, como la creación y actualización del Sistema de Registro de Población Desplazada, pero su fin último es dar vía a la organización y ejecución del denominado Sistema de Atención Integral al Desplazado, creado por la Ley 387 de 1997. Se discutió si con la promulgación de las órdenes de ejecución compleja la Corte estaba extralimitándose en sus funciones; sin embargo, ha quedado clara su justificación, y esta una circunstancia que no implica mayores consecuencias para el desarrollo de nuestro problema. Tenemos, finalmente, que el Gobierno nacional quedó sometido a una serie de órdenes fijadas por el juez supremo de la jurisdicción constitucional, las cuales, según lo ordenado por la Constitución Política y el Decreto 2591 de 1991, resultan ser de estricto cumplimiento.

Por otra parte, en este apartado debemos hacer referencia a la Declaración y Plan de Acción de México, instrumento internacional emanado en virtud de la problemática que se planteó en la conmemoración de los veinte años de la Declaración de Cartagena de 1984 sobre Refugiados, con el cual la comunidad internacional reconoce la crisis humanitaria que se vive en el subcontinente por cuenta de los altos índices de migración externa y de refugiados provenientes de nuestro país. En el plan de acción quedan consignadas obligaciones claras para los Estados que lo adoptan, relativas a cuestiones

como la investigación y la formulación de políticas públicas en calidad de soluciones duraderas, entre otras.

El Plan de México constituye para el Estado colombiano una ruta de actividad eficaz en la búsqueda de soluciones, que deben pasar por la consolidación de las instituciones que manejan la problemática planteada. El documento establece como base la educación de los actores estatales, que debe hacerlos conscientes de la condición de los refugiados y facilitarles la comprensión de su problemática, lo cual redundará en la formulación de soluciones efectivas.

Entre las soluciones duraderas que hemos mencionado, se encuentran: i) el plan Ciudades Solidarias, ii) el programa integral Fronteras Solidarias y iii) el programa regional Reasentamiento Solidario. Son iniciativas que buscan una protección más efectiva, que abarque los derechos y obligaciones sociales, económicos y culturales del refugiado (Acnur, 2004b).

Cabe destacar que cada uno de estos programas tiene un plan de acción destinado a entidades territoriales diversas, que comprenden desde el ámbito urbano-municipal hasta el nacional. Así pues, Ciudades Solidarias busca la implementación del Plan de México en los municipios, considerados como la división más próxima al ciudadano y la que hace más accesibles al desplazado los servicios gubernamentales. En Colombia, según los acuerdos firmados con Acnur, tienen la calidad de *ciudades solidarias* Bogotá y Medellín. Según Acnur, el fin de Ciudades Solidarias es que el refugiado tenga autosuficiencia, y evitar al máximo los llamados *movimientos irregulares* o *secundarios* (Acnur, 2008). De igual forma, debe ser un punto de apoyo para Reasentamiento Solidario, programa propuesto por el Gobierno de Brasil cuyo propósito es que cualquier país del subcontinente pueda asociarse con otro para recibir un amplio flujo de refugiados, en aras de legalizar

la situación de muchos migrantes irregulares externos, principalmente colombianos.

De todo lo anterior resulta que un actor internacional, Acnur, ha tenido la más activa participación en la búsqueda de soluciones, por lo menos parciales, a las dificultades de los refugiados. Sin embargo, el problema que estudiamos radica en que el número de refugiados se ha incrementado constantemente (Acnur, 2008), hecho que deja la impresión de que el Estado colombiano estuviese trasladando su responsabilidad sobre el bienestar general a los Estados vecinos. Esto a propósito del reasentamiento de compatriotas en Ecuador y Venezuela, y de la permanente demanda de refugio en estos países.

Podemos pensar, pues, en un punto de irresponsabilidad del Estado colombiano, por cuanto el agravamiento de la situación deja ver que no han sido satisfechas las necesidades mínimas de bienestar de sus asociados, y que de esta manera se han descuidado las garantías consignadas en el ordenamiento constitucional colombiano. Así lo demuestra, por lo demás, la declaratoria de estado de cosas inconstitucional realizada por la Corte Constitucional.

Concluimos, entonces, que es claro el sometimiento del Estado colombiano a obligaciones precisas, formuladas por la Corte Constitucional y por los instrumentos internacionales. Esto supone, para el Estado colombiano, la obligación de solucionar las situaciones que venimos mencionando. Así mismo, es claro que existe, en el plano jurídico, una protección consolidada para los migrantes forzados internos, pero también para los externos; sin embargo, debemos recordar que el problema radica en la inoperancia del estado de cosas inconstitucional para los refugiados: pues este ha sido concebido solamente en relación con los migrantes forzados internos.

Tal es el marco jurídico que nos atañe. Ahora procederemos a identificar las circunstancias que agravan la inaplicabilidad del estado de cosas inconstitucional, es decir, aquellas que incrementan el movimiento migratorio irregular y externo, y hacen que el marco resulte inoperante.

El conflicto interno y la migración irregular externa

Hemos hecho ya un recuento somero de las causas del constante desplazamiento forzado en el territorio colombiano. En este apartado haremos una referencia breve a la causa principal de las grandes migraciones de ciudadanos colombianos afuera de las fronteras nacionales, especialmente a Ecuador y Venezuela: el conflicto interno. Es evidente, sin embargo, que muchas otras razones alimentan este flujo internacional, pero por lo general se relacionan con migraciones legales y regladas; y nuestro objeto de estudio son las migraciones forzadas y, con frecuencia, ilegales.

Las siguientes líneas dibujan un marco de definiciones y circunstancias que ratifican que el conflicto armado interno es la principal causa del problema que nos ocupa:

“Desplazamiento. Según la ONU, los desplazados internos son los individuos o grupos de personas que han sido forzados a huir de sus hogares para escapar del conflicto armado, la violencia generalizada, los abusos de los derechos humanos, los desastres naturales o aquellos provocados por el ser humano. Esta población presenta, principalmente, necesidades básicas insatisfechas, ruptura de sus vínculos culturales, afectivos y sociales, además de una deficiente asistencia por parte del Estado” (Universidad del Rosario, Universidad de Ibagué y Banco Interamericano de Desarrollo [BID], Programa Japón, s.f.).

“Son millones los colombianos que en los últimos años se han visto obligados a abandonar sus tierras y a emprender un incierto camino de huida que los lleva, en una gran proporción, a las grandes ciudades, en las que tienen que ingeniárselas para desarrollar estrategias de supervivencia en medio de la insolidaridad social y la incapacidad del Estado para afrontar el fenómeno” (Zuluaga, 2004).

“La primera [causa del movimiento migratorio] –que era la más frecuente al inicio del conflicto– consiste en el desplazamiento como consecuencia (no deliberada) del enfrentamiento entre actores armados o entre alguno de estos y la fuerza pública, cuando la población huye por carecer de las garantías mínimas de protección de su vida e integridad física” (Forero, 2003)

“En situaciones de conflicto armado, los actores del mismo tienden a acudir a mecanismos de guerra que atentan directamente en contra de la población no combatiente, mediante acciones constitutivas de violaciones graves a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario (DIH), una de cuyas graves manifestaciones es el desplazamiento forzado interno” (Colombia, Contraloría General de la República, 2005).

“Desde su creación, estos grupos se han caracterizado por la utilización del terror como mecanismo de guerra, mediante acciones como las masacres, asesinatos selectivos, torturas y desapariciones, siendo en los últimos años el principal causante de desplazamientos forzados en el país” (Colombia, Contraloría General de la República, 2005).

“... el desplazamiento se ocasiona como consecuencia de combates entre los grupos armados, y en los que la población civil puede ser utilizada como escudo, viéndose compelida a abandonar sus lugares de habitación por razones de seguridad. En términos cuantitativos, los mayores índices de

desplazamiento se presentan en zonas de disputa entre los actores armados, o ‘zonas de reacomodamiento hegemónico de los actores’. Se puede observar que el desplazamiento está ligado a la violación sistemática de los derechos humanos de las poblaciones por parte de los actores armados” (Colombia, Contraloría General de la República, 2005).

La igualdad de los migrantes internos y los refugiados

Hemos visto que el concepto de migrante abarca a los sujetos que se trasladan de un lugar a otro, pero adquiere ciertos matices dependiendo de las circunstancias de ese traslado. Así, encontramos las definiciones del migrante legal, ilegal, forzado, externo e interno, principalmente (Castles, 2004). Como hemos dicho, haremos referencia a la protección de la cual fueron privados los migrantes forzados externos, en contraste con los migrantes forzados internos, sin importar su situación de legalidad o ilegalidad.

Nuestra próxima afirmación parecerá controversial, pero es necesario formularla para consolidar una base argumentativa: cuando un migrante forzado externo entra y permanece de manera ilegal en un país distinto del suyo, lo hace por la incapacidad de su propio Estado para garantizarle medidas de seguridad y bienestar; por esta razón se ve obligado a abandonar su tierra y su nación.

Para continuar con el desarrollo de nuestra tesis, repasaremos la conceptualización de la Corte Constitucional respecto de la igualdad, y para hacerlo traemos a colación la Sentencia C-1112 de 2001:

Como lo establece la amplia y ya decantada doctrina constitucional, el principio de igualdad supone un concepto

relacional. Esto significa que cualquier determinación sobre su vigencia material requiere del acto comparativo de varios sujetos o situaciones. Así mismo, parte de una labor de identificación de los criterios que han dado lugar a la diferenciación. Constitucionalmente, algunos de estos criterios están prohibidos expresamente y otros están autorizados para promover la igualdad sustancial y así el ideal de justicia contenido en el preámbulo.

Procedamos ahora a identificar los elementos que la Corte determinó para conceptualizar la igualdad: (i) el *concepto relacional* se cumple entre los migrantes externos e internos, entre quienes se realiza (ii) el *acto comparativo* de sujetos. (iii) En cuanto a los criterios que dieron lugar a la diferenciación, diremos que se derivan de la Ley 387 de 1997, con su concepción del *desplazado* y con la organización del Sistema Nacional de Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia; y también de la Sentencia T-025 de 2004 de la Corte Constitucional, con su declaratoria del estado de cosas inconstitucional.

Podemos entonces, de la misma definición, extraer la obligación de promover la *igualdad sustancial*, por cuanto no se encuentra justificación alguna para diferenciar entre los sujetos que hemos mencionado, a pesar de que, en lo conceptual, tienen diferencias sustanciales.

El concepto de igualdad sustancial posee una dualidad que lo hace amplio y a la vez estrecho, y precisamente por ello consideramos que es el más completo para poder establecer que, efectivamente, los migrantes forzados, sean internos o externos, merecen ser beneficiarios de la aplicación del estado de cosas inconstitucional planteado por la Corte. Así eliminamos la sensación, expresada en líneas anteriores, de

la incapacidad del Estado para garantizar el bienestar de sus asociados, y de que traslada esta obligación a sus congéneres fronterizos, especialmente Ecuador y Venezuela.

Por lo anterior, sería ilógico no prestar atención a las estadísticas sobre la cantidad de refugiados en países fronterizos con Colombia, que muestran un permanente incremento, y tampoco podemos ignorar las constantes solicitudes de la condición de refugiado, de acuerdo con el derecho internacional, a sus respectivos Gobiernos.

Ahora bien, tendremos que sumar a nuestro estudio la figura del *retorno*, como solución efectiva de los inconvenientes que las solicitudes de refugio acarrearán para los Estados que las reciben. Esta figura debe entenderse, también, como compensación del Estado a sus asociados por sus faltas u omisiones. Por ello juzgamos impensable que el estado de cosas inconstitucional nunca contemple a los migrantes forzados externos.

Esta discriminación, cuyo origen, según ya hemos expuesto, es la propia legislación, conlleva graves consecuencias para los sujetos que se ven obligados a salir del país por las mismas razones que motivan el desplazamiento forzado de los migrantes internos. En realidad, ninguna circunstancia justifica que los migrantes externos sean diferenciados de los migrantes internos; recordemos, además, que aquellos también tuvieron la calidad de *desplazados forzados* antes de convertirse en refugiados o migrantes externos. Y el solo hecho de traspasar la frontera no resulta suficiente para justificar que no sean cobijados por el estado de cosas inconstitucional.

La extensión de dicho estado de cosas inconstitucional a los refugiados redundaría en la ampliación de las obligaciones del Estado colombiano respecto de las personas que se vieron obligadas a salir de su país.

Podemos plantear, como eventual solución para el problema humanitario que hemos caracterizado, la figura internacional de la *repatriación*, que pretende dar certeza en materia de seguridad al sujeto que decide regresar a su país. Sin embargo, en consecuencia con lo expuesto, ese retorno debe realizarse en medio del reconocimiento del estado de cosas inconstitucional y de la ejecución de los programas estatales pertinentes para remediarlo.

Por otra parte, surge el interrogante de si la actividad del Acnur resulta legítima a la luz de las obligaciones y responsabilidades del Estado. Lo decimos porque, desde cierto punto de vista, la actividad de esa entidad podría, en algún modo, haber fomentado la figura del refugiado, que muchas veces puede ser entendida como una transferencia de obligaciones de un Estado a otro. El Estado de origen, así, escudaría su incapacidad con los programas de cooperación internacional, lo cual evidentemente deslegitima su actividad y supone para esta una disminución sustancial.

Reconocemos que estas afirmaciones, en cierto modo, contradicen los avances del derecho internacional y de la cooperación interestatal; sin embargo no es este nuestro verdadero ánimo. Aclaramos que nuestra propuesta deontológica se orienta a un bienestar pleno del colombiano en su país, del ecuatoriano en el suyo, etc., en contraste con lo que vemos hoy en día.

Podemos decir que la figura del migrante externo se ajusta perfectamente a la definición de desplazado consignada en la Ley y a la correspondiente interpretación de la jurisprudencia, salvo por la circunstancia de la movilidad dentro de las fronteras del territorio. Sin embargo, vemos que esta salvedad no justifica la exclusión del migrante externo de la protección

estatal a través del Sistema de Protección al Desplazado, definido por la Ley 387 de 1997.

Y es que en nuestro ordenamiento jurídico, y más aún en el ámbito constitucional, se busca sin rodeos la protección plena de los sujetos que se encuentran en evidente desigualdad e inferioridad. Por ello, parece admisible obviar el requisito de que el desplazado permanezca en los límites del país (antiformalismo), y en cambio ampliar el espectro de actividad de las normas e incrementar los índices de aceptación y gobernabilidad del país.

Conclusiones

El estado de cosas inconstitucional que ha declarado la Corte Constitucional en su Sentencia T-025 de 2004 ha tenido una gran influencia en el fomento de las políticas públicas del país en materia de desplazamiento forzado. El actor judicial, en aras del cumplimiento del principio de colaboración armónica de los poderes del Estado, está legitimado para formular órdenes de ejecución simple y compleja, tal como lo hizo en la referida providencia.

Las migraciones externas forzadas se han venido incrementando en forma constante debido al agravamiento de la situación del país. Los colombianos se ven obligados a abandonar sus tierras y su nación, con el ánimo de buscar mejores horizontes y mejor calidad de vida al amparo de otros Estados.

Las migraciones externas forzadas han incrementado el uso de la figura internacional del refugiado. Es necesario analizar si esta condición jurídica supone que el Estado colombiano transfiere sus obligaciones a sus vecinos.

La actividad del Acnur ha sido protagonista en la búsqueda de soluciones a la problemática de las migraciones y los refugiados. Sin embargo, debemos estudiar si el fomento

de las solicitudes de refugio se ajusta a la observancia de las obligaciones estatales, como la garantía del bienestar general.

Los principios del derecho a la igualdad resultan aplicables, de manera general, a los migrantes forzados internos y externos. Por esta razón, no parece haber motivos claros o válidos para que el estado de cosas inconstitucional, declarado por la Corte Constitucional a propósito del desplazamiento forzado, no incluya a los migrantes forzados externos. Sin embargo, es necesario que la presente investigación continúe, en aras de analizar en detalle la aplicación de las disposiciones de la Corte y de las figuras internacionales de *refugiado* y *repatriado*.

Referencias

Libros y documentos electrónicos

- Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (Acnur) (2004a). *Declaración y Plan de acción de México. La situación de los refugiados en América Latina*. México, D.F.: Acnur.
- Acnur (2004b). *Declaración y Plan de Acción de México – Programa Integral “Fronteras Solidarias”*. Ciudad de México: Acnur.
- Acnur (2008). “Programa de autosuficiencia e integración local ‘Ciudades Solidarias’”. Recuperado el 19 de marzo de 2011 de <http://www.acnur.org/paginas/index.php?id_pag=4852&id_sec=>.
- Acnur (2011a). “En busca de la seguridad”. Recuperado el 27 de febrero de 2011 de <<http://www.acnur.org/t3/a-quien-ayuda/refugiados/>>.
- Castles, S. (2004). “Global Perspectives on Forced Migration”. Recuperado de <http://rimd.reduaz.mx/documentos_

- miembros/18746SC_Global_Pers_on_FM_for_APMJ-1.pdf>.
- Colombia, Contraloría General de la República (2005). *Conflicto armado y desplazamiento forzado*. Bogotá: Contraloría General de la República.
- Cromos (2003). “Las peticiones de la guerrilla liberal al general Rojas Pinilla”. *Cromos*, pp. 49-50.
- Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE), Dirección de Metodología y Producción Estadística (2003). *Evidencia reciente del comportamiento de la migración interna en Colombia a partir de la Encuesta Continua de Hogares*. Bogotá: DANE.
- El Informador*. (2010). “Migración de colombianos a Venezuela por violencia y pobreza”, 9 de agosto. Recuperado el 14 de marzo de 2011 de <<http://www.informador.com.mx/internacional/2010/224485/6/migracion-de-colombianos-a-venezuela-por-violencia-y-pobreza.htm>>.
- Forero, E. (2003). *El desplazamiento interno forzado en Colombia*. Washington, D.C.: Kellogg Institute, Woodrow Wilson International Center for Scholars y Fundación Ideas para la Paz.
- López Medina, D. E. (2006). *El derecho de los jueces*. Bogotá: Legis.
- NTN24 (2011). “La verdad de los refugiados”. Recuperado el 30 de marzo de 2011 de <<http://reporteros.ntn24.com>>.
- Organización Internacional para las Migraciones (OIM) (2009). “Tipologías de la migración”. Recuperado el 15 de febrero de 2011 de <www.iom.int>.
- OIM (2011). “Migración internacional de colombianos”. Recuperado el 13 de marzo de 2011 de <<http://www.oim.org.co/Sobremigraci%C3%B3n/Migraci%C3%B3ncolombiana/Datosciframigraci%C3%B3ninternacional/tabid/160/language/en-US/Default.aspx>>.

- OIM (s.f.). “Datos colombianos en el exterior”. Recuperado de <<http://www.oim.org.co/Sobremigraci%C3%B3n/Migraci%C3%B3ncolombiana/Datosycifras/migraci%C3%B3ninternacional/tabid/160/language/en-US/Default.aspx>>.
- Ocando, C. (2008). “Guerrilla colombiana gobierna pueblo en territorio venezolano”. *El Nuevo Herald*, 3 de octubre. Recuperado el 14 de marzo de 2011 de <<http://www.elnuevoherald.com/2008/10/02/295822/guerrilla-colombiana-gobierna.html>>.
- Ortiz, R. (2000). “Guerrilla y narcotráfico en Colombia”. *Revista de Seguridad Pública*, 22: 119-132.
- Universidad del Rosario, Universidad de Ibagué y Banco Interamericano de Desarrollo (BID), Programa Japón (s.f.). “Escuelas que enseñan y sanan”. En <www.riseinstitute.org/pdfs/healspn.pdf>.
- Vidal López, R. C. (2007). *Derecho global y desplazamiento forzado interno: creación, uso y desaparición del desplazamiento forzado por la violencia en el derecho comparado*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Zuluaga, J. (2004). *Desplazamiento forzado: dinámicas de guerra, exclusión y desarraigo*. Bogotá: Agencia de la ONU para los Refugiados y Universidad Nacional de Colombia.

Jurisprudencia

- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia SU-559 de 1997, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-025 de 1998, M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-068 de 1998, M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-153 de 1998, M.P.:

Eduardo Cifuentes Muñoz.

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-1695 de 2000,

M.P.: Marta Victoria Sáchica Méndez.

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-025 de 2004, M.P.:

Manuel José Cepeda Espinosa.

El Estado social de derecho y las medidas alternativas a la prisión en Colombia

Fabián Andrés Rojas Bonilla*

Yénifer Yiseth Suárez Díaz*

Resumen

Decir que la prisión en Colombia, tanto por su funcionamiento como por los fines que debe cumplir, se encuentra en una profunda crisis, no es algo nuevo. Sin embargo, la realidad legislativa colombiana contiene una cuantiosa producción normativa cuya tendencia es consolidar el recurso de la prisión; es decir que a pesar de las graves problemáticas que trae consigo la cárcel, aún se le da preferencia, tal como se desprende de la Ley 1453 de 2011, la llamada ley de seguridad ciudadana.

En ese sentido, resulta imperiosa la búsqueda de medidas alternativas a la prisión que se ajusten a las necesidades del Estado social de derecho; en otras palabras, se necesitan medidas que garanticen los derechos individuales del infractor y que, al

* Estudiantes de Derecho de la Universidad Nacional de Colombia, sede Bogotá; miembros del semillero de investigación Penas Alternativas a la Prisión en Colombia. Correo electrónico: <fabian.rb@hotmail.com> y <yenifer07_09@hotmail.com>.

mismo tiempo, sean respuestas positivas a las necesidades de la sociedad, lo cual no ha acontecido con la prisión.

La defensa de las medidas alternativas a la prisión en Colombia tiene su fundamento en la consolidación del Estado social de derecho, en los principios básicos del derecho penal y en las múltiples ventajas que supone para los individuos, como, por ejemplo, garantizar la resocialización.

Palabras clave: garantismo, medidas alternativas, prisión, derechos fundamentales, Estado social de derecho.

Introducción

Son muchos los aspectos que debe modificar nuestro actual sistema penal; entre ellos se pueden mencionar, por ejemplo, la falta de una política criminal conforme con problemas como el desempleo, la pobreza, el desplazamiento forzado, la desigualdad de oportunidades, la dificultad de acceder a recursos económicos, a la educación, etc. (Bolívar Ruiz, 2005). Es decir, no se puede plantear, desde ningún punto de vista, que la prisión sea el único problema del sistema penal colombiano, sino que, por el contrario, concurren múltiples factores que agudizan la problemática e impiden la materialización de los fines del derecho penal en el marco del Estado social de derecho. Estos fines son, por un lado, la protección efectiva de los bienes jurídicos de los individuos por medio de la imposición de penas justas, necesarias y proporcionales a la gravedad del delito; y, por otra parte, la protección de los derechos de los individuos particularmente considerados, con independencia de la voluntad de las mayorías. De tal manera, se reconoce la existencia de algunos derechos que no están sujetos a las mayorías, por ser intrínsecos a la dignidad del individuo y porque son considerados fundamentales (Ferrajoli, 1999).

La Constitución Política de 1991 impuso en el país el Estado social de derecho, como resultado de las disputas históricas que se habían presentado entre las concepciones del Estado liberal y las del Estado benefactor; y ello implicó un cambio de todo el ordenamiento jurídico, y obviamente el derecho penal no fue ajeno.

En Colombia, con el Código Penal de 1936, se clasificaban las consecuencias jurídicas en penas y medidas de seguridad, con base en los preceptos de la escuela positivista. Para entonces, las características fisionómicas del sujeto podían decidir si era autor o no de un delito. En cuanto a las medidas de seguridad para imputables, su aplicación dependía de características personales como la edad y la apariencia física.

Estas medidas pretendían la resocialización moral y la curación de la enfermedad mental en los casos correspondientes; por ello, mientras tuvo vigencia el Código de 1936, los límites de las medidas fueron determinados por la peligrosidad del sujeto, y en consecuencia en muchos casos fueron indeterminadas y sustituibles (Holguín, 2008).

Con la expedición de la Ley 100 de 1980 la política criminal no cambió de manera significativa, en tanto se sostuvieron las medidas de seguridad para los inimputables, pero aumentó la exigencia en lo atinente a la relación de causalidad en la comisión del crimen. Se entendió por trastorno mental una alteración psicosomática de tal intensidad que convulsiona las esferas intelectual, volitiva o afectiva de la personalidad (Echandía, 1983); por esta razón, además de los centros hospitalarios existentes, se mantuvo la libertad vigilada como pena accesoria al internamiento de un sujeto.

Durante la vigencia de esta ley se ampliaron los mecanismos sustitutivos para aquellos que habían cometido una infracción cuya relevancia no justificaba el internamiento del

sujeto en un centro de reclusión. La primera medida fue la conminación, consistente en la retribución, por parte del sujeto, de lo que ordenara el juez, para resarcir su mala actuación, que se aplicaba a quienes habían sido sancionados con arresto o pena no privativa de la libertad; la segunda fue la caución, que asignaba la obligación de un pago por delitos mínimos; y finalmente, existía la detención preventiva, con el fin de proteger a la sociedad y a las presuntas víctimas del delincuente, pero se enunciaban taxativamente los delitos en los cuales procedía y las situaciones que la ameritaban.

Las medidas de seguridad de este tiempo, aunque intentaron enmendar de alguna forma los errores cometidos por el Código de 1936 y trataron de dejar de lado el positivismo, en el sentido de la medición de la pena en razón de la peligrosidad del sujeto, conservaron un derecho penal de autor, que obedecía a las necesidades del sistema y no a la protección de las garantías del sujeto.

A partir de la Ley 599 de 2000, a la luz de la Constitución Política de 1991, se predica una mayor protección del procesado, y además un avance normativo, en tanto la regulación de las medidas de seguridad se hace con fundamento en los fines de la pena y según los principios rectores del derecho penal. Con este Código Penal se deben tener en cuenta los dos códigos de procedimiento penal, Ley 600 de 2000 y Ley 906 de 2004. El primero estableció la detención preventiva como única medida de seguridad para los imputables, lo que produjo en la práctica múltiples problemas, especialmente en los casos en que no se veía la necesidad de imponer una medida de aseguramiento pero el juez estaba obligado a imponerla, toda vez que la Ley no ofrecía alternativa alguna. La Ley 906 de 2004 enmendó éste error, atendiendo a la necesidad de la pena y a la proporcionalidad en su aplicación, y otorgó al juez

la potestad de imponer medidas alternativas, siempre que encontrará fundamento para ello.

El sistema punitivo se ha desarrollado, a través de los tiempos, sobre la base de los diferentes discursos y necesidades criminológicas de la sociedad, es por ello que a partir de la intervención estatal en el castigo individual, la pena radicó en la supresión de la libertad del individuo y en la imposición de labores relacionadas con el progreso industrial de la civilización. Sin embargo, el recurso a la prisión, en lo relativo a la resocialización del individuo, han sido infructífero, y su aplicación en todos los casos en los que se agrede el derecho penal ha desdibujado los fines de la pena; de esta manera se ha atentado contra los derechos no solo constitucional, sino internacionalmente reconocidos.

Resulta, pues, necesaria en la sociedad contemporánea la utilización de medios menos lesivos para los derechos individuales que la reclusión en un establecimiento penitenciario. Así lo contempló, en 1990, la Organización de Naciones Unidas en las Reglas Mínimas sobre las Medidas No Privativas de la Libertad, o Reglas de Tokio, con las cuales pretende asegurar que la condena de un individuo sea proporcional al daño ocasionado al bien jurídico, y contribuir al mejoramiento de la calidad de vida y a la reinserción de quienes han cometido un delito.

El establecimiento de medidas no privativas de la libertad en el artículo 307, literal b), del Código de Procedimiento Penal, constituye la posibilidad, para el juez, de imponer medidas más idóneas y menos gravosas para los fines cautelares de asegurar la comparecencia del imputado, de salvaguardar la prueba o de proteger a la comunidad y a la víctima.¹ No obstante,

¹ Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-318 de 2008, M.P.: Jaime Córdoba Triviño.

se establecen medidas restrictivas de otros derechos, por lo que la labor del juez es de vital importancia para la autorización de las medidas alternativas, y así se le exige al funcionario judicial el análisis individual del caso para determinar, con un pronóstico racional, proporcional y, especialmente, motivado, que se cumplan los objetivos de la medida de aseguramiento, esto es: que el procesado comparezca en cualquier tiempo al proceso, bien sea para la instrucción, el juzgamiento o la ejecución de la pena; que se preservará la prueba, o sea que el procesado no ocultará, destruirá o deformará elementos relevantes para el proceso; y que no pondrá en peligro a la comunidad mediante la continuación de su actividad delictual.²

Así, las medidas sustitutivas de la pena se constituyen en un nuevo escenario del derecho penal. En atención a este escenario, el grupo de investigación Medidas Alternativas a la Prisión en Colombia, de la Universidad Nacional, presenta el avance de un trabajo consciente y disciplinado, con el propósito de plantear discusiones académicas al lector y de que la profundización en estas problemáticas conduzca a la conformación de un sistema punitivo autónomo y protector del delincuente y de la sociedad.

Metodología

La investigación se realizó de manera cualitativa. La recolección de datos se hizo, en su mayor parte, en forma verbal o textual, lo que no implica la omisión de los datos estadísticos, pero sí su reducción. Las fuentes utilizadas, además de la legislación nacional, son la jurisprudencia, el derecho comparado, la doctrina de derecho penal y constitucional y, en

² Colombia, Corte Suprema de Justicia. Proceso 17392, 17 de enero de 2002, M.P.: Fernando Arboleda Ripoll.

algunas situaciones, los datos ofrecidos por el Inpec y algunas organizaciones internacionales. Los investigadores buscan enfatizar tanto en los procesos como en los resultados, y han querido realizar un análisis de datos de carácter deductivo, interesados considerablemente en saber cómo piensan los sujetos que participan en una investigación y qué significados tienen sus perspectivas en el asunto que se investiga (Wallen, 1996). Esta metodología, como se observa, tiene su centro en la preocupación por el sujeto, quien se convierte en el objeto de estudio, y en la realidad en la que este se encuentra inmerso. De acuerdo con Cook y Reichardt, en una investigación de esta naturaleza la vida social no se concibe como un mundo exterior, independiente de los individuos; por el contrario, estos son agentes que construyen la realidad (Cook, 1986).

Las medidas alternativas a la prisión en Colombia

De acuerdo con el artículo 1.º de la Carta Política, Colombia se constituye como un Estado social de derecho. Es una definición ontológica del Estado, de suerte que la condición de *social de derecho* no es una cualidad accesorio, sino parte de su esencia misma.³ De acuerdo con esta definición fundamental, la Corte Constitucional ha entendido que se debe plantear una política criminal digna y humana, y en consecuencia ha considerado la pena “como instrumento adecuado para servir a los fines de prevención, retribución y resocialización, debe ser necesaria, útil y proporcionada; esto significa que si los mismos fines pueden lograrse por otros medios sancionatorios, debe preferirse el menos severo (pues el más restrictivo dejaría

³ Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-449 de 1992, M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

de ser necesario y útil), en aras de garantizar la dignidad del condenado”.⁴

Y conforme a lo establecido por el artículo 4.° de la Ley 599 de 2000, la pena cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección del condenado. Del mismo modo, en su parágrafo único este artículo establece que la prevención especial y la reinserción social operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión. Pero cabe preguntarse si realmente la pena de prisión ha cumplido con las exigencias que emanan de la Ley y si ha sido coherente con el Estado social de derecho y con la normatividad internacional.

El punto de partida es establecer si existe un cumplimiento material de las exigencias legales por parte de los establecimientos carcelarios. El estudio realizado arrojó como resultado la inexistencia de un ajuste entre la realidad carcelaria y las funciones de la pena impuestas por la legislación. En este sentido, la Corte Constitucional, amparada en la declaratoria de estado de cosas inconstitucional, se ha pronunciado en los siguientes términos:

Las condiciones de vida en los penales colombianos vulneran evidentemente la dignidad de los penados y amenazan otros de sus derechos, tales como la vida y la integridad personal, su derecho a la familia, etc. Nadie se atrevería a decir que los establecimientos de reclusión cumplen con la labor de resocialización que se les ha encomendado. Por lo contrario, la situación descrita anteriormente tiende más bien a confirmar el lugar común acerca de que las cárceles

⁴ Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-679 de 1998, M.P.: Carlos Gaviria Díaz.

son escuelas del crimen, generadoras de ocio, violencia y corrupción.⁵

Por otra parte, uno de los pocos estudios que se ha realizado sobre el tema demuestra que en las cárceles: a) no existen condiciones adecuadas de reclusión, pues las plantas físicas son deficientes, faltan áreas de sanidad y enfermerías y hay hacinamiento y violencia; b) son deficientes el cuidado de la salud y las condiciones sanitarias, el servicio odontológico, la alimentación, el sistema de seguridad social y el saneamiento; además, a las mujeres no se les da un trato acorde con su condición de género; c) se practica la tortura; d) se viola el derecho del trabajo; y d) no se consigue una verdadera resocialización (Corporación Colectivo de Abogados “José Alvear Restrepo”, 2000).

Además de lo anterior, en una investigación para probar la capacidad resocializadora de determinada cárcel colombiana se encontró que el 30 % de los reclusos eran reincidentes, lo que implica que la cárcel no satisface adecuadamente los propósitos de la pena en Colombia (Ruiz, 2005).

Por lo anterior, debe entenderse el derecho penal, dentro de una política criminal, como un derecho de carácter fragmentario; y en virtud del *principio de intervención mínima*, la actuación punitiva del Estado, que restringe el campo de la libertad y que mediante la pena priva de derechos fundamentales o condiciona su ejercicio, debe ser el último de los recursos (*ultima ratio*),⁶ y ante la infracción penal se deben imponer sanciones que atenten contra los derechos funda-

⁵ Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-153 de 1998. M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁶ Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-356 de 2003, M.P.: Jaime Araújo Rentería.

mentales del indiciado en menor medida que la reclusión en un centro penitenciario.

En cualquier caso, de acuerdo a los parámetros internacionales, cualquier sistema de reclusión cuyas condiciones de hacinamiento sean superiores al 20 % (120 personas reclusas por 100 plazas disponibles) vulnera los derechos fundamentales (Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2006). Pero, según las cifras del último año, existe en Colombia un hacinamiento del 256 % (*El Espectador*, 2011), que implica condiciones indignas para los sujetos que se encuentran bajo el amparo del Estado, aun cuando hayan cometido una actuación contraria a la Ley. Esta situación es contraria al deber estatal, exigido internacionalmente, por el cual, según pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), “toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en situación de detención compatible con su dignidad personal. En otras oportunidades, este Tribunal ha señalado que la detención en condiciones de hacinamiento, con falta de ventilación y luz natural, sin cama para el reposo ni condiciones adecuadas de higiene en aislamiento e incomunicación o con restricciones indebidas al régimen de visitas constituye una violación a la integridad persona”.⁷

En Colombia, el hacinamiento en los centros de reclusión no permite la existencia de condiciones de vida dignas y respetuosas de los derechos fundamentales de los seres humanos, y es clara la necesidad de reestructurar la prisión para hacerla coherente con el Estado social de derecho. En consecuencia, es necesario también un derecho penal mínimo, o un derecho de

⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú, 23 de junio de 2005.

garantías; y el estudio de las medidas alternativas es un primer paso en el largo camino hacia un derecho penal ajustado a la dignidad humana y a los intereses sociales.

La pena días-multa

Siguiendo la tendencia de la doctrina española, hemos denominado *días-multa* a la pena principal que menciona el Código Penal colombiano, Ley 599 de 2000, en sus artículos 35, 40 y siguientes. Para estudiarla es menester explicar su fundamento legal, y a renglón seguido expondremos las problemáticas que hemos encontrado.

La pena días-multa en la legislación colombiana

La multa puede presentarse de tres maneras: a) como acompañante de la pena de prisión, b) como manera progresiva de unidad de multa, y c) como garantía de comparecer al proceso penal, tal como acontece cuando se aplica la medida de aseguramiento. Las dos primeras son las enmarcadas por la Ley 599 de 2000, en su artículo 39, mientras que la tercera se presenta en el literal b), numeral 8.°, del artículo 307 de la Ley 906 de 2004.

Como acompañante de la pena de prisión

Basta con indagar, incluso de manera superficial, en la parte especial de nuestro Código Penal para encontrar que la mayoría de nuestros tipos penales contemplan la multa como una acompañante de la pena de prisión, como ocurre, por ejemplo, en la mayoría de los delitos contra la vida y la integridad personal, contra la libertad individual, contra la integridad moral, contra la familia, etc. Por lo cual podemos deducir que la pena de multa, en Colombia, igual que en algunos países europeos, como España, no “ha sido prevista por el Legislador como pe-

na alternativa a la prisión, sino principalmente como sanción añadida a una pena de prisión” (Barbero, 1989).

La modalidad progresiva de unidad de multa

La pena días-multa se contrapone a la pena de multa fija; a pesar de ser del mismo género deben entenderse como penas distintas (Chacón, 1997). La aplicación de la multa fija tenía como único objetivo imponer una sanción proporcional a la gravedad del delito; su aplicación fue rápidamente rechazada por numerosos teóricos porque atentaba gravemente contra el principio de igualdad, ya que desconocía las diferencias materiales propias del modelo capitalista. No tiene el mismo efecto sancionador, ni persuasivo, la imposición de una multa fija de cierta cantidad de dinero en una sociedad, como la colombiana, en la que existen grandes diferencias entre las clases sociales.

Por razones análogas algunas legislaciones, como la española, la alemana, la sueca, la finlandesa y las de los países escandinavos, entre otras, contemplaron el modelo de los días-multa, que “consiste en dividir el proceso de determinación de la pena de multa en dos fases. En la primera el juez fija un número de días multa (o unidades de multa) como castigo de la infracción realizada. En la segunda, cada una de estas unidades de multa se convierte en una cantidad concreta de dinero y esta conversión se efectúa atendiendo exclusivamente a la capacidad económica de la persona” (Chacón, 1997). Con lo anterior se pretende satisfacer dos postulados del orden social y del derecho penal dentro de un Estado social de derecho: la defensa social y la igualdad material en la aplicación de la ley.

En la legislación colombiana, según lo establecido en el Código Penal, la unidad de multa se clasifica en tres grados: en el primer grado la multa oscilará entre una y diez unida-

des, teniendo en cuenta que una unidad equivale a un salario mínimo legal mensual. En este grado se ubican las personas que hayan percibido ingresos promedio, en el último año, de hasta diez salarios mínimos legales mensuales vigentes. En el segundo grado, una unidad de multa equivale a diez salarios mínimos legales mensuales, y la multa oscilará entre una y diez unidades. En el segundo grado estarán ubicados quienes hayan percibido ingresos promedio, en el último año, superiores a diez salarios mínimos legales mensuales vigentes y hasta cincuenta. Finalmente, en el tercer grado, una unidad equivale a cien salarios mínimos legales mensuales, y la multa oscilará entre una y diez unidades. En este se ubicaran quienes hayan percibido ingresos promedio, en el último año, superiores a cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes. Ahora bien, adicionalmente, con la entrada en vigor de la Ley 1453 de 2011, se estableció que la unidad multa se duplicará en los casos en que la persona haya sido condenada por delito doloso o preterintencional dentro de los diez años anteriores.

La cuantía de la multa se establecerá según los parámetros que la Ley le indica al sentenciador; los valores se podrán acumular cuando concurren varias penas y su pago deberá ser inmediato. Excepcionalmente podrá el juez, cuando lo encuentre necesario, brindar otras posibilidades, como la otorgación de plazos, e incluso una amortización mediante trabajo. En este punto vale la pena resaltar que Jescheck (citado por Manzanares, 1988) planteó, en el ámbito alemán, la idea de contemplar la ganancia potencial, antes que el ingreso real, para materializar el principio de justicia.

Como garantía de que se comparecerá al proceso penal

La Ley 906 de 2004, en el literal b), numeral 8.º del artículo 307, plantea como medida de aseguramiento “[l]a prestación

de una caución real adecuada, por el propio imputado o por otra persona, mediante depósito de dinero, valores, constitución de prenda o hipoteca, entrega de bienes o la fianza de una o más personas idóneas”.

Consiste en adquirir una obligación para garantizar el cumplimiento de otra. En materia penal, la manera en que funciona esta institución es muy similar a las garantías que se pueden prestar en materia civil, en cuanto permite la constitución de depósitos de dinero o valores, o la constitución de prenda o hipoteca. Sin embargo, en materia penal esa garantía debe estar avalada por un juez y se predica únicamente de algunos bienes (Méndez, 2005).

La imposición de la medida de aseguramiento implica una disminución de los derechos del individuo, ya que, en términos de Antolisei (1981), existe “una disminución de los bienes del individuo [...] [en este caso patrimoniales, y por ende] también las medidas de seguridad son afflictivas, de tal manera que es viable que el Estado se pronuncie dando una respuesta legítima”. De lo anterior se desprende que la pena de multa, siendo una afectación patrimonial, también implica una afectación de los derechos del individuo y es la materialización de la intervención estatal, es decir, del *ius puniendi* que el Estado puede ejercer contra el individuo, y por ello la multa también debe ser analizada a la luz de las garantías constitucionales.

Esta medida alternativa ha permanecido en el derecho penal colombiano como una disposición con la cual se pretende reforzar, con un recurso pecuniario, la garantía de que el sujeto cumplirá las mismas obligaciones que tendría con la medida restrictiva de la libertad, como la comparecencia a las diferentes instancias del proceso y la de no obstaculizarlo; con esta pena no se pretende resarcir el daño ocasionado a la víctima, sino la permanencia del procesado en la causa penal.

Sin embargo, la imposición de una caución real resulta problemática en lo relativo a la determinación de una tarifa *adecuada*, ya que no puede vincularse únicamente a la naturaleza económica del delito (Villanueva, 2008), y no puede ser exagerada para la situación económica del delincuente. La jurisprudencia constitucional ha establecido que en determinados casos el juez puede prescindir de la garantía, si la capacidad de pago del inculcado es en extremo precaria;⁸ pero sin olvidar que no puede ser este el único criterio del funcionario judicial, ya que el valor de la caución a imponer debe guardar relación con la gravedad de la conducta;⁹ esto porque, con el fin de cumplir las obligaciones mencionadas, la caución debe respetar el derecho al mínimo vital del individuo, pero tampoco debe ser irrisoria.

La lectura taxativa de la norma ha originado una discusión acerca de la obligación real de un tercero en la imposición de la medida. En caso de que concurra un tercero, el juez debe asegurarse de que actúa en forma voluntaria y de aclararle la obligación que adquiere; el juez impondrá la caución atendiendo a un estricto juicio de proporcionalidad en protección del derecho a la propiedad del tercero, y reiterando el carácter voluntario de esta medida.

Críticas a la pena de días-multa

Tal como se expone en una tesis de posgrado de la Universidad Nacional de Colombia,

⁸ Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-316 de 2002, M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁹ Colombia, Corte Suprema de Justicia. Proceso 30528, 3 de febrero de 2009, M.P.: Yesid Ramírez Bastidas.

Respecto a las funciones de la multa en cuanto sanción penal, tiénese que la resocialización —predominantemente en relación con las penas privativas de la libertad— se halla rápida y fácilmente descartada, debido a la incompatibilidad existente entre los presupuestos propios de la finalidad resocializante y la naturaleza de la sanción en mención. En efecto, no resulta factible, ni siquiera teóricamente, pretender o aducir que a quien se impone esa pena patrimonial queda sometido a un “tratamiento” para que aprenda a aceptar los sistemas de normas y valores imperantes entre sus semejantes, y a convivir con ellos. (Mogollón, 2003)

No obstante, consideramos que debe realizarse una sustancial aclaración a favor de la multa como pena alternativa a la prisión en Colombia. La pena pecuniaria en ningún momento satisface el principio de retribución, pues, como afirma Tissot (2008), se deben distinguir las penas pecuniarias propiamente dichas de las indemnizaciones y los daños y perjuicios, que son reparaciones civiles. Por lo anterior, el carácter retributivo de la pena, por lo menos actualmente, en el sistema colombiano, se da en el campo de la indemnización civil antes que en el penal.

Recientemente, con la reforma planteada por la Ley 1453 de 2011, el juez está más cerca del proceso de reparación que antes. El artículo 3.º de la ley impone, en su numeral 6.º, como condición para otorgar el sistema de vigilancia electrónica, que sean reparados los daños ocasionados con el delito dentro del término que fije el juez, o que se asegure su pago mediante garantía personal, prendaria, bancaria o acuerdo, salvo cuando se demuestre que el procesado está en incapacidad material de hacerlo, teniendo en cuenta sus recursos económicos y obligaciones familiares. Sin embargo, a pesar de la cercanía del juez penal a las reparaciones civiles, la pena de multa se distancia de

la reparación civil especialmente en que es proporcional a los ingresos del culpable, mientras que la indemnización es una medida absoluta; adicionalmente, la pena de multa redundará en favor del tesoro público o patrimonio nacional, mientras que la indemnización va a las arcas individuales del sujeto pasivo de la acción penal.

Otra crítica que se realiza a las penas pecuniarias es el hecho de que perjudican a los miembros inocentes del núcleo familiar del delincuente. Afortunadamente, en las legislaciones actuales no se contempla la posibilidad de suceder las deudas de multa a los herederos (Mogollón, 2003), precisamente para atenuar este efecto negativo.

En conclusión, la pena de días-multa ha sido observada, de manera generalizada, como complementaria de la prisión, y no como sustitutiva de esta. Hemos tratado de demostrar en esta parte del trabajo que, a pesar de las limitaciones prácticas de la figura de la pena días-multa, existen ciertos criterios que han tratado de conciliar los principios, aparentemente contradictorios, de la retribución y de la igualdad por los que propende el Estado social de derecho. La oportunidad que brinda la pena de días-multa resulta menos gravosa que la de privar a un sujeto de su libertad, pues así se evitan los efectos negativos de la prisión, como la interrupción de los proyectos de vida de las personas, su separación del núcleo familiar y la estigmatización. Sin duda alguna, es una crítica que, tangencialmente, lleva implícita una “administrativización” del derecho penal, para hacer efectivos los principios penales, propios del Estado social y democrático de derecho, de intervención mínima, de legalidad, de objetividad jurídica del delito, de objetividad material del delito, de seguridad jurídica, de ponderación y de culpabilidad, entre otros (Martos, 1991).

Vigilancia electrónica

Con la promulgación de la ley para la convivencia y seguridad ciudadana se introdujo el sistema de vigilancia electrónica en el Código Penal (Ley 599 de 2000, Ley 600 de 2000 –anterior Código de Procedimiento Penal– y Ley 906 de 2004 –actual Código de Procedimiento Penal–). Con este supuesto, y habiendo ya una reglamentación base para su implementación, el Ejecutivo reglamentó dicha legislación por medio del Decreto 177 de 2008. La vigilancia electrónica, entonces, funciona de tres diferentes maneras en Colombia.

El *seguimiento pasivo RF* (abreviación de *radiofrecuencia*), es definido por el Decreto 1316 de 2009, que modificó el 177 de 2008, como “el sistema de vigilancia electrónica ordenado por el juez o como medida de control adoptada por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, según sea el caso, a través del cual se instala un dispositivo consistente en un brazalete o una tobillera en el cuerpo del condenado, sindicado, imputado o acusado, según fuere el caso, el cual transmite a una unidad receptora, la que a su vez se encuentra conectada a una línea telefónica convencional”. Este modelo de vigilancia electrónica es conocido también como *seguimiento de radiofrecuencia*. La radiofrecuencia es un mecanismo utilizado para comprobar si la persona se encuentra en su domicilio, y consiste, básicamente, en señales que el brazalete electrónico envía a un receptor, que debe estar localizado en el domicilio o en el sitio en donde se cumple la condena, y este receptor, a su vez, envía la información a un ordenador central, a través de una línea telefónica.

El *seguimiento activo GPS* es otro modo de vigilancia electrónica, definido por el artículo 5.º del Decreto 1316 de 2009 como:

... el sistema de vigilancia electrónica a través del cual se instala un dispositivo consistente en un brazalete o tobillera en el cuerpo del sindicado, imputado o acusado, según fuere el caso, el cual llevará incorporada una unidad GPS (sistema de posicionamiento global), la cual transmitirá la ubicación del beneficiario, indicando si ha llegado a zonas de exclusión.

Cuando el beneficiario del dispositivo llegue al lugar establecido para el cumplimiento de la medida de aseguramiento, la información que así lo indique será transmitida al centro de monitoreo, sin que durante el transcurso del día se haya perdido la transmisión inherente al sistema de vigilancia electrónica. Dicha comunicación se llevará a cabo vía telefónica o móvil.

Este modelo de vigilancia ofrece un mayor alcance en cuanto a distancia se refiere, y certeza acerca de la ubicación del penado o investigado, pues se inserta en el brazalete que este debe llevar un dispositivo de GPS que ha de informar constantemente al respecto. Permite conocer la localización de la persona vigilada en tiempo real. Funciona de manera similar a la vigilancia por radiofrecuencia, pues el brazalete transmite información a una red de satélites de GPS, que a su turno la envían al ordenador central, desde donde se hace la vigilancia.

El *reconocimiento de voz* es descrito por el artículo 6.º del Decreto 177 de 2008 de la siguiente manera: “Es el sistema de vigilancia electrónica sustitutivo de la pena de prisión o de la detención preventiva, a través del cual se lleva a cabo una llamada al lugar de residencia del condenado o sindicado, y autentica su identidad comparando su voz contra una impresión de voz previa tomada durante el proceso de registro”. Es

más “rústico” que los anteriores, y consiste en que la autoridad encargada de la vigilancia del penado realiza llamadas a ciertas horas para saber si se encuentra en el lugar donde debe efectuar su pena; la verificación puede realizarse gracias a una base de datos en donde permanecen los registros de voces, de modo que se puede certificar si quien contesta es la persona vigilada. En nuestro país funciona solamente por medio de la comparación de voces, pero en otros países se utilizan mecanismos más avanzados, por ejemplo la comparación de huellas digitales y rasgos faciales, y la toma de fluidos.

Habida cuenta de los diferentes mecanismos de vigilancia electrónica, veremos las diferencias entre la vigilancia electrónica como medida de aseguramiento y pena autónoma.

La vigilancia electrónica como medida de aseguramiento

La Corte Suprema de Justicia, en Sentencia del 4 de marzo de 2009, se refiere a la aplicación del sistema de vigilancia electrónica como medida de aseguramiento para un caso concreto:

De conformidad con el análisis realizado en punto a los elementos de juicio que integran la actuación y los delitos endilgados, la Corte advierte sólo la probabilidad que en el futuro el sindicado no comparezca al proceso ante la gravedad de los hechos y la consecuente posibilidad de afrontar una condena, atendidas las penas establecidas para los delitos atribuidos en la presente decisión.

La utilización de la contratación para la apropiación de recursos a favor de terceros en detrimento del erario del municipio de María la Baja, víctima de embargos en razón a la situación económica que atravesaba, sumada a la actitud de despreocupación e indiferencia que muestra el sindicado

en su diligencia de indagatoria, permiten presumir como probable su incomparecencia al proceso y por tanto al incumplimiento de una eventual sentencia.

Desde esta perspectiva, resultan adecuadas para impedir el peligro destacado en precedencia, las medidas contempladas en los ordinales 1 y 5 del literal B del artículo 307, esto es, la obligación de someterse a un mecanismo de vigilancia electrónica y la prohibición de salir del país, con las cuales ciertamente se garantizará que el sindicado no eludirá la administración de justicia.

Respecto a la obligación de someterse a un mecanismo de vigilancia electrónica el INPEC deberá velar por su cumplimiento.

Dado que la norma exige, de igual forma, la adopción de mecanismos mediante los cuales pueda asegurarse el cumplimiento efectivo de las medidas impuestas, la Corte estima indispensable imponer, de manera adicional, la instituida en el numeral 8.°, esto es, la prestación de una caución prendaria a efecto de respaldar su riguroso acatamiento.

La Corte constitucional se ha referido al tema en una única sentencia, la C-185 de 2011, de la cual atenderemos algunos apartes importantes:

... cuando los sistemas de vigilancia electrónica pretenden otorgarse como medidas independientes sustitutivas de la prisión, el artículo 50 de la Ley 1142 de 2007 estableció que es el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad quien tiene la facultad de ordenar la utilización de sistemas

de vigilancia electrónica durante la ejecución de la pena, como substitutivos de la prisión.

Así mismo lo han establecido los Decretos 177 de 2008 y 1316 de 2009, que reglamentaron el artículo 50 referido, además de disponer también que será el mismo juez quien determine la necesidad de someter a los sistemas de vigilancia electrónica a la población condenada que se encuentre en modalidad distinta a la reclusión en centro penitenciario.

De igual manera el artículo 2.º del Decreto 177 de 2008, consagró la posibilidad de que el juez de control de garantías dispusiera la utilización de los sistemas de vigilancia electrónica respecto de quienes encontrándose en detención preventiva en establecimiento carcelario, les haya sido substituida ésta por la del lugar de residencia, previo cumplimiento de los presupuestos señalados en el artículo 314 de la Ley 906 de 2004.

En este orden, se debe también señalar que cuando la vigilancia electrónica se adopta por parte del INPEC como una medida de control y verificación del cumplimiento de la prisión domiciliaria, entonces no parece razonable que el Instituto Nacional Penitenciario exija los requisitos contenidos en el artículo 38A del Código Penal. Esto es, aquellos requisitos (incluido el pago de la multa) que se exigen para el caso en que se analiza el otorgamiento de la vigilancia electrónica como subrogado independiente por parte del juez.

Se debe entender pues que en el primer caso se trata de una medida administrativa adoptada por el INPEC, amparada

en las normas vigentes (inc. segundo, núm. 5, art. 38 C. Penal, y art. 1.º Res. 02642 del 26 de marzo de 2009), y que como se ha explicado, consiste en monitorear mediante los sistemas de vigilancia electrónica a quienes ya gozan de subrogados penales que implican cumplir la pena de prisión fuera de la cárcel.

Como ya hemos mencionado, el juez está en plena capacidad de determinar la vigilancia electrónica como medida de seguridad, de manera autónoma; sin embargo, el Inpec puede, según la reglamentación ya descrita y el fallo de la Corte Constitucional, imponer la vigilancia electrónica para dar un refuerzo a la detención domiciliaria.

La vigilancia electrónica como pena sustitutiva de la prisión

En primer orden, el Legislador ha establecido la vigilancia electrónica como pena sustitutiva de la prisión, en el artículo 38A de la Ley 599 de 2000. Recientemente, la ley de seguridad ciudadana, Ley 1453 de 2011, modificó la legislación anterior que regulaba dicha pena. Con la entrada en vigencia de la ley de seguridad ciudadana se aumentaron los delitos para los cuales no es procedente el uso del brazalete electrónico, de manera que en la actualidad no se puede imponer esta medida a quienes sean condenado por los delitos de financiación de actividades de delincuencia organizada —antes solo se mencionaba la financiación del terrorismo—; fabricación, tráfico y porte de armas y municiones de uso privativo de las fuerzas armadas; fabricación, tráfico y porte de armas de fuego, municiones o explosivos; y delitos contra la Administración pública, salvo delitos culposos.

El Legislador, en su afán por tratar de mantener la severidad de las penas, teniendo en cuenta la presión mediática

a propósito de la “falta de justicia”, y así mismo que se estaba otorgando el brazalete electrónico a personas que sí representaban un riesgo para la sociedad, decidió, pues, eliminar la vigilancia electrónica para delitos como el porte ilegal de armas, que, consideramos, no supone por sí solo la existencia de víctima alguna, elemento que constituye la denominada antijuricidad material, sino la mera probabilidad de una posible víctima, según la teoría del riesgo. De igual forma, siguiendo las coyunturas sociales, el Legislador amplió esa prohibición a los delitos contra la Administración pública, cuando sean delitos dolosos, medida que conduce a un gran aumento en la población penitenciaria del país.

Pero la ley no se limitó a disminuir el campo de aplicación del brazalete electrónico, también ordenó que para la utilización de la vigilancia electrónica “se realice o asegure el pago de la multa mediante garantía personal, prendaria, bancaria o mediante acuerdo, salvo cuando se demuestre que [el procesado] está en incapacidad material de hacerlo teniendo en cuenta sus recursos económicos y obligaciones familiares”. De igual forma, agregó como requisito que “sean reparados los daños ocasionados con el delito dentro del término que fije el juez o se asegure su pago mediante garantía personal, prendaria, bancaria o mediante acuerdo, salvo cuando se demuestre que está en incapacidad material de hacerlo teniendo en cuenta sus recursos económicos y obligaciones familiares”. En el supuesto de que este tipo de reglamentación pretende disminuir la cantidad de personas a las cuales se les aplica dicha pena.

Gran importancia reviste el numeral 8.º del artículo 38A de la Ley 599 de 2000, ya que prohíbe al juez de aplicación de penas otorgarla cuando “el condenado no se haya beneficiado, en una anterior oportunidad, de la medida sustitutiva de

pena privativa de la libertad”. Cuestión que no se encontraba anteriormente.

El párrafo 1.º menciona que “[e]l juez al momento de ordenar la sustitución deberá tener en cuenta el núcleo familiar de la persona y el lugar de residencia”. Consideramos que el Legislador se limitó a repetir lo consignado en el numeral 4.º del mismo artículo, a saber: “Que el desempeño personal, laboral, familiar o social del condenado permita al Juez deducir sería, fundada y motivadamente que no colocará en peligro a la comunidad y que no evadirá el cumplimiento de la pena”.

Siguiendo con las modificaciones establecidas en el Código Penal, se determinó que la persona sometida a vigilancia electrónica podrá solicitar la redención de pena por trabajo o educación, ante el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, de acuerdo a lo señalado en el Código Penitenciario y Carcelario. De igual forma, el párrafo 3.º da la posibilidad de otorgar la vigilancia electrónica para penados con el anterior régimen –Ley 600 de 2000–, si se cumplen los requisitos del artículo 314 del actual Código de Procedimiento Penal.

Por último, debemos decir que el Inpec está obligado a suministrar la información sobre personas condenadas con esta pena a la Policía Nacional, dentro de los seis meses siguientes a la expedición de la nueva ley. Debemos suponer, entonces, que se quiere ejercer un mayor control sobre las personas vigiladas por este medio, pues el Inpec era el único encargado de la vigilancia de los penados y de la respectiva imposición de la pena.

De esta manera, queda claro que la política criminal del Estado responde a cuestiones coyunturales; básicamente, a la necesidad de atacar delitos específicos, y no a la intención de elaborar una verdadera política criminal, con fines, principios y reglas comunes que de verdad puedan disminuir la delin-

cuencia en nuestro país. Vemos una gran contradicción entre los índices poblacionales carcelarios, que cada día aumentan, y las crecientes restricciones a la aplicación de las penas no privativas de la libertad. Consideramos que se deben tener en cuenta factores distintos de los coyunturales y mediáticos al organizar y fijar la política criminal del Estado.

En Colombia ha sido escaso el debate sobre la vigilancia electrónica, pues es muy reciente la normatividad sobre su utilización, además de que no se cuenta aún con un sistema tecnológico bastante avanzado para mantener el control sobre las personas vigiladas. La Corte Constitucional se ha referido en muchas ocasiones a los derechos a la vida digna y a la intimidad personal; sin embargo, sobre el tema de los brazaletes electrónicos no se ha sentado precedente alguno. Siguiendo algunos pronunciamientos de la Corte, podemos suponer que una medida de este tipo ha de vulnerar ciertos derechos fundamentales, en la medida en que representa un fuerte limitante al derecho a la intimidad del condenado o del asegurado. No obstante, cabe preguntarnos qué es más gravoso para un penado, estar en prisión o tener una libertad vigilada.

En nuestro país el hacinamiento carcelario, para abril de 2010 llegaba a un 40%, con tendencia al aumento (Grupo de Derecho de Interés Público, Universidad de los Andes, 2010). Citemos solo un caso: “Actualmente, el centro carcelario Bellavista tiene 7.398 internos, distribuidos en 10 pabellones, con una sobrepoblación de 4.752 privados de la libertad, que equivale al 196%” (Caracol Radio, 2011).

A ello se suma que la reciente Ley 1453 de 2011, ley de seguridad ciudadana, que reforma los códigos Penal y de Procedimiento Penal, y además algunos artículos del Código de la Infancia y la Adolescencia, favorecerá el aumento de la población de las cárceles y centros penitenciarios.

En recientes declaraciones, el ministro del Interior y de Justicia dijo que la población carcelaria aumentará debido a la entrada en vigencia del estatuto anticorrupción y de la mencionada ley de seguridad ciudadana (*El Espectador*, 2011). Ante este desalentador panorama, que poco a poco va agravando la crisis carcelaria, el sistema de vigilancia electrónica, tanto para condenados como para asegurados, es una solución plausible. Consideramos que atenta más contra la dignidad y la intimidad el estar en una cárcel o un penal, en las actuales condiciones, que estar sometido a la vigilancia electrónica.

El Legislador ha incurrido en contradicción al imponer, primero, una medida que contribuyera a solucionar la crisis carcelaria y penitenciaria del país, y luego, importantes limitaciones a la utilización de ese mismo recurso, con la finalidad de endurecer las penas y atender al llamado de la sociedad para castigar con cárcel todo tipo de delitos. Esta disparidad de criterios conducirá, más adelante, a plantear nuevamente la idea de la vigilancia electrónica para muchos más delitos.

En trabajos anteriores dijimos que uno de los motivos de la implementación de la vigilancia electrónica era la sobrepoblación en las cárceles, y también sostuvimos que es más costoso para el Estado construir nuevos centros de reclusión que mejorar la implementación y vigilancia de los condenados con el brazalete electrónico. Además de ser menos nociva para el condenado esta medida que la privación absoluta de la libertad.

Conclusiones

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece en su artículo 10.3 que “[e]l régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y readaptación social de los penados”. Por su parte, la

Ley 63 de 1995 contempla como finalidad del tratamiento penitenciario “[a]lcanzar la resocialización del infractor de la ley penal, mediante el examen de su personalidad”. Finalmente, como una ratificación de la orientación de la política criminal del Estado colombiano, de conformidad con los principios que orientan el Estado social y democrático de derecho, el nuevo Código Penal, Ley 599 de 2000, en su artículo 4.°, dispone que la pena cumple las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección del condenado. Así mismo establece que la prevención especial y la reinserción social operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión. Por lo anterior, es necesaria una aclaración respecto a la interpretación de la legislación penal: cuando la norma se refiere a la imposición de la pena de prisión, lo hace en un sentido amplio, y la interpretación permite que se aplique para las medidas privativas y no privativas de la libertad. Lo anterior se sustenta en que cualquier aplicación de una pena responde a los propósitos de reinserción social y prevención especial, por lo que la redacción de las normas debe entenderse para los dos tipos de penas.

Las medidas alternativas a la prisión, entonces, deben ser observadas en el marco de los ya mencionados fines de la pena en el Estado social de derecho.

Ya hemos indagado sobre la importancia de las medidas de multa y de vigilancia electrónica, en cuanto son fundamentales para mitigar los efectos negativos de la prisión. En general, la tendencia mundial es observar la pena privativa de la libertad como la última opción,¹⁰ y en cambio darles un protagonismo

¹⁰ Por ejemplo, el numeral 5.° art. 160, Ley 11922 (actualizado en la Ley 13943) de la Provincia de Buenos Aires, Código Procesal Penal, establece: “La libertad personal y los demás derechos y garantías reconocidos a toda persona por la Constitución

especial a aquellas penas que resulten menos gravosas para el individuo, pero que satisfagan los intereses de la víctima, del infractor y de la sociedad en general.

Podemos, pues, concretar dos ideas generales que nos permitirán aproximarnos a una conclusión: en primer lugar, la prisión ha entrado en una crisis institucional manifiesta en el hacinamiento, la degradación del sujeto y el olvido del humanismo (del que tanto nos habló Beccaria), es decir, en el olvido de que esta pena debe ser una solución antes que un problema (Méndez, 2005). En segundo lugar, las medidas alternativas a la pena de prisión resultan atractivas para una sociedad que ha construido un andamiaje de protección de derechos.

Surge, finalmente, la inquietud de si existen límites para el Legislador en el momento de la creación de dichas medidas.

Referencias

Libros y artículos

- Antolisei, F. (1981). *Manual de derecho penal*. Milán: Milano.
- Aponte Cardona, A. (2008). *Captura y medidas de aseguramiento: el régimen de libertad en la nueva estructura procesal penal de Colombia*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura.
- Barbero, R. (1989). “Arresto sustitutorio y sanciones alternativas: a propósito de la STC de 18 de febrero de 1988”. En J. Cid Moline et ál. (eds.), *Penas alternativas a la prisión*. Barcelona: Bosch.

de la Provincia sólo podrán ser restringidos cuando fuere absolutamente indispensable para asegurar la averiguación de la verdad, el desarrollo del procedimiento y la aplicación de la ley” (<www.gob.gba.gov.ar>.)

- Bolívar Ruiz, C. J. (2005). *La necesidad de la pena en los delitos de violencia intrafamiliar*. Tesis de grado, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá.
- Caracol Radio (2011). “Inpec reconoce que la cárcel de Bellavista tiene hacinamiento del 200 por ciento”, 17 de agosto. Recuperado el 20 de agosto de 2011 de <<http://www.caracol.com.co/noticias/regional/inpec-reconoce-que-la-carcel-de-bellavista-tiene-hacinamiento-del-200-por-ciento/20110817/nota/1532584.aspx>>.
- Chacón Cadenas, M. (1997). “La pena de días-multa como alternativa a la prisión”. En J. Cid Moline et ál. (eds.), *Penas alternativas a la prisión*. Bogotá: Bosch.
- Colombia, Consejo Superior de la Judicatura (2008). *Captura y medidas de aseguramiento: el régimen de libertad en la nueva estructura procesal penal de Colombia*. Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.
- Cook, R. (1986). *Métodos cualitativos y cuantitativos en investigación educativa*. Madrid: Morata.
- Corporación Colectivo de abogados “José Alvear Restrepo” (2000). *La sin-razón: situación carcelaria en Colombia*. Bogotá: Rodríguez Quito.
- Echandía, A. R. (1983). “Inimputabilidad por trastorno mental y nulidad supralegal por omisión de indagaciones sobre ella en el proceso”. *Nuevo Foro de Derecho Penal*.
- El Espectador* (2011). “Alerta del Gobierno por desbordado aumento de reclusos del país”, 13 de julio. Recuperado el 17 de julio de 2011 de <<http://www.elspectador.com/noticias/politica/articulo-284145-alerta-del-gobierno-desbordado-aumento-de-reclusos-del-pais>>.
- Elías Carranza, M. H. (1992). *Sistemas penitenciarios y alternativas a la prisión en América Latina y el Caribe*. Buenos Aires: Depalma.

- Grupo de Derecho de Interés Público, Universidad de los Andes (2010). "Situación carcelaria en Colombia. Informe No. 6". Recuperado el 17 de julio de 2011 de <http://gdip.uniandes.edu.co/archivos/SITUACION_CARCELARIA_EN_COL.pdf>.
- Ferrajoli, L. (1999). "La pena en una sociedad democrática". En M. Martínez et ál., *La pena. Garantismo y democracia*, pp. 15-32. Bogotá: Gustavo Ibáñez.
- Holguín, G. (2008). "Establecimientos de encierro para inimputables". En J. F. Acuña Vizcaya (ed.), *Derecho penal y guerra: reconstrucción del sistema penal colombiano*, pp. 179-192. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Manzanares, T. D. (1988). *Tratado de derecho penal*. Madrid.
- Martos Núñez, J. A. (1991). "Principios penales en el Estado social y democratico de derecho". *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 217-290.
- Méndez, H. F. (2005). *Las medidas de aseguramiento en el sistema penal acusatorio*. Bogotá: Leyer.
- Mogollón González, E. J. (2003). *La multa en el nuevo Código Penal*. Tesis de posgrado, Universidad Nacional de Colombia, convenio con la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, Bogotá.
- Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2006). *Desde la prisión. Realidad de las cárceles en Colombia*. Bogotá: Proyecto de Fortalecimiento Institucional, Derechos Humanos y Situación Carcelaria de la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.
- Ruiz Farfán, L. (2005). *La resocialización del condenado en la carcel del circuito de Ramiriquí (Boyacá)*. Tesis de grado, Universidad Nacional de Colombia, convenio con la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, Tunja.

Sánchez Herrera, M. E. (2007). *La dogmática de la teoría del delito: evolución científica del sistema del delito*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Tissot, C. J. (2008). *La esencia del delito y de las penas*. Bogotá: Leyer.

Vilar, S. B. (1988). *Prisión provisional y medidas alternativas*. Bosch.

Villanueva, H. J. (2008). “La cuestión del ‘quantum’ en la caución real”. *Revista Electrónica de Derecho Penal*, 14 de diciembre. En <www.derechopenalonline.com>.

Wallen, F. (1996). “La investigación cualitativa”. Recuperado el 17 de octubre de 2010 de <http://ponce.inter.edu/cai/reserva/lvera/INVESTIGACION_CUALITATIVA.pdf>.

Jurisprudencia

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-449 de 1992, M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-679 de 1998, M.P.: Carlos Gaviria Díaz.

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-153 de 1998, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-316 de 2002, M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-356 de 2003, M.P.: Jaime Araújo Rentería.

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-318 de 2008, M.P.: Jaime Córdoba Triviño.

Colombia, Corte Suprema de Justicia. Proceso 17392, 17 de enero de 2002, M.P.: Fernando Arboleda Ripoll.

Colombia, Corte Suprema de Justicia. Proceso 30528, 3 de febrero de 2009, M.P.: Yesid Ramírez Bastidas.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú, 23 de junio de 2005.

El derecho al acceso al agua potable: discusiones entre los derechos fundamentales y los servicios públicos domiciliarios en la Constitución de 1991*

David Sierra Sorockinas**

Resumen

Entre los cambios que la Constitución de 1991 introdujo en el sistema jurídico colombiano se encuentran las nuevas disposiciones sobre los derechos fundamentales y sobre los

* Esta ponencia es resultado de la investigación *Estudio de la fundamentalización del acceso al agua potable en Colombia, a partir los criterios de la teoría de los derechos subjetivos, fundamentales y sociales*, inscrita en el Centro de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia y avalada por el semillero Procesos Investigativos, dirigido por la profesora Olga Lucía Lopera Quiroz, de la línea Investigación y Derecho, del Grupo Derecho y Sociedad. La investigación fue financiada por la misma facultad, y estuvo a cargo de David Sierra Sorockinas (investigador principal) y María Claudia Gómez Cabana (coinvestigadora).

* Estudiante de Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. Integrante del semillero Procesos Investigativos y del Grupo de Estudio de Derecho Público de Medellín, dirigido por el profesor Fabián G. Marín Cortés. Correo electrónico: <sierradavid@gmail.com>.

servicios públicos. Ambos conceptos jurídicos entran en relación cuando se habla del derecho al acceso al agua potable como un derecho fundamental que, en algunos casos, debe ser garantizado a través de los servicios públicos domiciliarios. En este trabajo se busca explicar estos conceptos jurídicos, relacionarlos e indagar si existe una colisión entre el sistema de los servicios públicos domiciliarios y el establecimiento como derecho fundamental del acceso al agua potable. Finalmente, el texto propone una alternativa que garantice que no se presente esa colisión, y que esté acorde con los postulados del Estado social de derecho.

Palabras clave: derechos fundamentales, derecho al acceso al agua potable, servicios públicos domiciliarios, mínimo vital de agua potable, Estado social de derecho.

Introducción

Uno de los cambios que trajo consigo la Constitución de 1991 fue la consagración de los derechos fundamentales como una garantía reforzada para los individuos frente a las autoridades, y, en ciertos casos, frente a los particulares, tal y como fue regulado por el artículo 2.º del Decreto 2591 de 1991 y por las sentencias de la Corte Constitucional¹ que concretaron esta posibilidad.

La propia Carta consagró una acción jurídica para protegerlos en caso de amenaza o vulneración: la acción de tutela, consagrada en el artículo 86 constitucional. No obstante, la

¹ Entre las múltiples sentencias que se pueden encontrar sobre el tema, basta resaltar la C-134 de 1994, M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa, que señaló las pautas para la procedencia de la acción de tutela para los particulares que prestan servicios públicos. La Sentencia T-649 de 2009, M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto, hace un recuento de las sentencias y de las líneas jurisprudenciales de la Corte Constitucional en la materia.

consagración formal no fue suficiente, y con el correr de los años la jurisprudencia de la Corte Constitucional amplió el concepto hasta desarrollar la teoría de los derechos fundamentales por conexidad, de modo que el catálogo de estos derechos resultó tan numeroso como el de casos *sub judice*.

Al tiempo con esta evolución, otro tema del derecho público sufrió una transformación, por así decirlo, sensible: el de los servicios públicos, que pasaron de un régimen de prestación, en general, totalmente estatal, a uno liberalizado, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 365 de la Constitución Política, que admitió la posibilidad de que los particulares y las comunidades organizadas se los suministraran a la comunidad.

En este escenario, y luego de veinte años de la expedición de la Constitución de 1991, se presenta la discusión sobre una clase de derechos *novedosos* en el lenguaje constitucional nacional, en el sentido de que solo se han discutido después de la expedición de la Carta; derechos que, sin lugar a dudas, tienen su origen en el derecho internacional, como lo afirma Embid Irujo (2006: 15 y ss.).

El derecho al acceso al agua potable se ha convertido en objeto de debate en las acciones constitucionales, y en un “dolor de cabeza” para las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, pues una variable línea jurisprudencial ha establecido algunas obligaciones que, como se analizará más adelante, distorsionan el sistema de los servicios públicos.

La finalidad de este trabajo es, de este modo, con base en los resultados de una investigación previa, analizar la colisión de dos cambios constitucionales, con la ayuda del examen de una novedosa propuesta impulsada por las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios: se trata del sistema de prestación del servicio de *agua prepago*, que contrasta con las sentencia más recientes de la Corte Constitucional y con la

iniciativa del Municipio de Medellín de consagrar el mínimo vital de agua potable para las personas más desfavorecidas de la ciudad.

Metodología utilizada en la investigación

La investigación es de tipo cualitativo, de nivel analítico, y se apoya en el rastreo de teorías, la búsqueda de posiciones acerca del tema y el examen de conceptos. Además, se fundamenta en un trabajo de campo basado en entrevistas, búsqueda de información en archivos y participación en discusiones dentro de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios.²

La investigación comenzó con una búsqueda de las diferentes formas de clasificación jurídica de los derechos, que se decidió por los derechos subjetivos, fundamentales y sociales. Se definió teóricamente qué significan los derechos subjetivos según las teorías de la Corte Constitucional y algunas definiciones doctrinales. Luego, se estudió la doctrina de los derechos fundamentales en Colombia y cómo ha sido el desarrollo de este concepto por parte de la Corte Constitucional, y en seguida se realizó el estudio de los derechos sociales, recurriendo a la doctrina. Esta primera etapa consistió en rastrear doctrinas y organizar la información recogida en veintidós libros y unos quince artículos de revistas especializadas; se realizaron seis entrevistas a expertos (tres profesores, dos magistrados y un juez).

² Durante el período comprendido entre el 24 de enero de 2011 y el 24 de julio de 2011, el investigador principal realizó la práctica académica en Empresas Públicas de Medellín E.S.P. (EPM); una de sus funciones consistió en analizar las acciones de tutela presentadas contra la empresa; adicionalmente, junto con los abogados Ana María Tabares Echeverri y Richard S. Ramírez Grisales, hizo parte del equipo que se encargó del estudio de la provisión del servicio público de acueducto mediante sistemas prepago y de su relación con el acceso al mínimo vital de agua potable de que da cuenta la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

En el segundo tramo de la investigación fueron examinadas la doctrina y la jurisprudencia sobre los siguientes conceptos: agua, agua potable y derecho al agua. Luego se adoptó una posición teórica que permitiera identificar el acceso al agua potable jurídicamente. Además, se realizó un rastreo jurisprudencial, de carácter constitucional, entre los años 1992 y 2011, sobre cómo se ha entendido el derecho al agua, y se reconocieron, básicamente, tres líneas jurisprudenciales sobre el tema.

Igualmente, se indagó en la jurisprudencia del Consejo de Estado, en especial de las secciones primera y tercera, cuál ha sido la posición de la corporación respecto de la prestación del servicio de agua potable. El período seleccionado fue el comprendido entre los años 2000 y 2010. Así se pudo arribar a algunas conclusiones.

De manera paralela a la búsqueda del concepto de *derecho al acceso al agua potable* se estudió la teoría de los servicios públicos, y en especial la especie de los domiciliarios. También se rastreó la legislación sobre el tema en Colombia, que mostró que una forma de garantizar el acceso al agua potable es el servicio público de acueducto.

La última etapa de la investigación fue de tipo analítico, pues se relacionaron todos los conceptos de acceso al agua con la clasificación de los derechos subjetivos, fundamentales y sociales. Para ello se realizaron seis entrevistas con profesores universitarios, con las que se buscó determinar la relación entre el acceso al agua potable y uno de los tres derechos de la clasificación. Luego fueron entrevistados ocho especialistas en el tema: dos magistrados y seis funcionarios públicos, que presentaron su punto de vista acerca de las consecuencias de *fundamentalizar* el derecho de acceso al agua potable, incluso para el sector de los servicios públicos domiciliarios.

Resultados de la investigación³

El desarrollo de la investigación permitió establecer los conceptos jurídicos sobre derechos subjetivos, derechos fundamentales, derechos sociales, servicios públicos y su especie domiciliarios; además de concretar la discusión y llegar a una respuesta sobre qué clase de derecho es el acceso al agua potable. Como se verá a continuación, según los últimos pronunciamientos de la Corte Constitucional, en ciertos aspectos, es un derecho fundamental autónomo.

Esto último demostró que existe una colisión entre el sistema de los derechos fundamentales y el sistema jurídico de los servicios públicos domiciliarios, que no es posible resolver con el recurso de la acción de tutela. Por lo tanto, se propusieron varias alternativas, una de ellas es la que se enuncia en este texto.

Concepto de los derechos fundamentales

Como ya se ha dicho, la Corte Constitucional colombiana es prolija en su jurisprudencia acerca de los derechos fundamentales, no solo al configurar un precedente que permite a los operadores jurídicos acercarse al tema, sino porque ha creado y moldeado conceptos que se adaptan a la estructura del sistema jurídico colombiano.⁴ Por eso, la doctrina, en estricto

³ Los resultados de la investigación se circunscribirán al análisis doctrinal y jurisprudencial, por lo que las entrevistas realizadas serán únicamente un insumo y no un instrumento principal.

⁴ En la Sentencia C-252 de 2001, M.P.: Carlos Gaviria Díaz, la Corte señaló: “... la doctrina constitucional es la Constitución misma que, dada su generalidad, tiene que ser aplicada a través de los usos concretos de la misma, hechos por su intérprete natural”. En la misma sentencia se refiere al fallo hito en esta materia, el C-083 de 1995, del mismo magistrado ponente.

sentido, es corta y no alcanza a explicar todas las dimensiones del concepto de derechos fundamentales en Colombia.

De hecho, ya en 1992 la Corte Constitucional había señalado que serían los jueces los garantes de los derechos fundamentales, como una aplicación del neoconstitucionalismo latinoamericano, para el cual la eficacia de los derechos fundamentales es prioridad de los jueces, y no ya de la Administración o el Legislador.⁵

En un claro mensaje, la Corte sentenció que los derechos fundamentales en el nuevo modelo constitucional no dependerían de los lineamientos legales o reglamentarios. Esta posición ha sido llamada *activismo judicial*, y se ha mantenido vigente.

La línea jurisprudencial en esta materia ha tenido varios cambios significativos; sin embargo, como ya lo señaló el profesor Tulio Elí Chinchilla (2009), la sentencia hito sobre el tema, y que reordena la línea, es la T-227 de 2003 (M.P.: Eduardo Montealegre Lyneth). En este fallo la jurisprudencia de la Corte Constitucional adopta un carácter de permanencia, confirmado por fallos posteriores.⁶

La línea jurisprudencial de la Corte Constitucional no había sido muy clara, y había originado una colisión de posiciones muy diferentes, hasta 2003, cuando se falló la Sentencia T-227, con la cual se produjo un cambio radical en el concepto de derecho fundamental. Entonces se dispuso lo siguiente:

⁵ Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-406 de 1992, M.P.: Ciro Angarita Barón.

⁶ Aunque no se utilizó rigurosamente el método propuesto por Diego Eduardo López Medina, sí se adoptan sus bases. Sobre el estudio de la línea jurisprudencial puede consultarse el capítulo 5 de su libro *El derecho de los jueces* (2006: 139-192).

... será fundamental todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo. Es decir, en la medida en que resulte necesario para lograr la libertad de elección de un plan de vida concreto y la posibilidad de funcionar en sociedad y desarrollar un papel activo en ella. Tal necesidad no está determinada de manera apriorística, sino que se define a partir de los consensos (dogmática del derecho constitucional) existentes sobre la naturaleza funcionalmente necesaria de cierta prestación o abstención (traducibilidad en derecho subjetivo), así como de las circunstancias particulares de cada caso (tópica).

Esta definición “apareció como un *obiter dictum para la definición de los derechos fundamentales* de la misma, y luego fue adquiriendo carácter de definición oficial de nuestra jurisprudencia al ser invocada reiteradamente como premisa conceptual recurrente de innumerables sentencias de la Corte Constitucional. Por el alto grado de reiteración de esta tesis en diferentes salas de tutela, podemos decir que se trata de una nueva línea de la jurisprudencia” (Chinchilla, 2009: 167).

Continuando con lo expuesto por Chinchilla acerca de la definición consignada en la Sentencia T-227 de 2003, se puede afirmar que los derechos fundamentales deben reunir una serie de requisitos para entenderse como tales: “a) ser un derecho de fuente o rango constitucional; b) ser un derecho que sirve como instrumento para (cumple función de) acercarnos al ideal ético de la dignidad humana o ayudar a realizarlo en la práctica, y c) ser un derecho que admite ser convertido o concretado (traducido) en un derecho subjetivo” (2009: 167).

Entonces, para precisar qué es un derecho fundamental, previamente debe determinarse qué es la dignidad humana y qué es un derecho subjetivo.

En Sentencia T-881 de 2002, la Corte analizó *in extenso* la jurisprudencia propia sobre el concepto de dignidad humana, y concluyó en su síntesis que la comprensión de la dignidad humana ha partido de tesis naturalistas o esencialistas y se ha movido hacia posturas normativas y funcionales. En este sentido, se expresó en la sentencia:

Al tener como punto de vista el objeto de protección del enunciado normativo “dignidad humana”, la Sala ha identificado a lo largo de la jurisprudencia de la Corte, tres lineamientos claros y diferenciables: (i) La dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como quiera). (ii) La dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien). Y (iii) la dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones).

En el mismo pronunciamiento, y como forma de puntualizar el concepto de la dignidad humana, la Corte señaló:

De otro lado al tener como punto de vista la funcionalidad, del enunciado normativo “dignidad humana”, la Sala ha identificado tres lineamientos: (i) la dignidad humana entendida como principio fundante del ordenamiento jurídico y por tanto del Estado, y en este sentido la dignidad como valor. (ii) La dignidad humana entendida como principio

constitucional. Y (iii) la dignidad humana entendida como derecho fundamental autónomo.

Así pues, queda saldado el contrasentido planteado. La dignidad humana es un principio, un valor y un derecho fundamental autónomo, y cuando es el soporte de los demás derechos fundamentales es un principio constitucional de obligatorio cumplimiento.

Ahora bien, de acuerdo con el profesor Rodolfo Arango, se entiende por *derecho subjetivo* la facultad jurídica reconocida por una norma a un sujeto para exigir de otro una determinada acción u omisión, con miras al aseguramiento de un interés propio (2005: 7 y ss.). El autor identifica tres elementos constitutivos del concepto: (i) una norma jurídica, (ii) un deber jurídico de otra persona deducible de una norma jurídica, y (iii) una facultad jurídica reconocida al sujeto de derecho para la persecución de intereses propios.

Los servicios públicos domiciliarios

En pocas ocasiones en la doctrina que sustenta el derecho administrativo colombiano se encuentra el término *servicio público domiciliario*, y en la legislación anterior a la actual Constitución no se utilizaba. Tampoco es común su uso en ningún otro ordenamiento jurídico latinoamericano. Solo con la Constitución de 1991 y la promulgación de las leyes 142 y 143 de 1994 adquiere presencia ese término.

No obstante, el concepto de servicios públicos domiciliarios no es definido en la Constitución ni en la Ley 142 de 1994 (*Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones*). Esta última solo precisa los servicios que tienen esta condición.

Fue función de la jurisprudencia definir estos servicios, y puesto que aparecieron con la Constitución de 1991, correspondió esta tarea a la Corte Constitucional. El tribunal precisó acerca de su mención en el artículo 367 superior: "... consagra [...] esta disposición una categoría especial de servicios públicos, los llamados 'domiciliarios', que son aquellos que se prestan a través del sistema de redes físicas o humanas con puntos terminales en las viviendas o sitios de trabajo de los usuarios y cumplen la finalidad específica de satisfacer las necesidades esenciales de las personas".⁷

En la misma vía, autores como Atehortúa ratifican es posible calificar algunos de los servicios públicos como domiciliarios (2006: 54), lo que refuerza la idea de la existencia de una relación de género y especie. Esta calificación como domiciliarios se define porque "son servicios cuyas prestaciones o recursos son disfrutados desde su domicilio por los usuarios", además de ser prestados "a través de redes físicas o humanas y satisface[r] necesidades esenciales, calificadas de esta manera por el Legislador" (54).

Como lo relata Carlos Bernal Pulido (2005a: 117-120), esta noción tan abierta permitió que la concepción de los servicios públicos domiciliarios dependiera de lo que se entendiera de su género, es decir, de los servicios públicos. Para el autor, en el sistema de los servicios públicos existe una colisión de principios constitucionales que no pueden convivir; esta colisión exigiría realizar una ponderación en los casos concretos,⁸

⁷ Sentencia T-578 de 1992, M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

⁸ Los trabajos doctrinarios más serios sobre la ponderación y el test de razonabilidad como metodología para resolver colisiones de principios constitucionales se encuentran en las obras de Alexy (2003), Arango (2005) y Bernal Pulido (2005b, 2007). Un resumen explicativo del tema se puede encontrar en Sierra Sorockinas (2009).

pero advirtiéndolo que no hay una solución general y que todo dependerá del test que se realice en cada caso.

Corolario de esta posición es que no se pueda considerar que el régimen de prestación de los servicios públicos se deba sujetar al derecho público (Bernal, 2005a: 134), es decir, se hace una defensa del derecho privado, que supone un fortalecimiento del derecho de competencia, en contraste con las posturas sociales, argumento que se basa en las experiencias de la Unión Europea.

A tal argumento se le pueden oponer varias críticas:

El establecimiento del Estado social de derecho es relativamente nuevo. En Colombia apenas se estableció formalmente luego de la expedición de la Constitución de 1991. Como lo señala Fabián G. Marín Cortés, en nuestro país su formulación se hizo necesaria porque, además de mantener al Estado como garante de los derechos fundamentales y respetuoso de la legalidad, también pretendía superar la desigualdad material (2010: 81).

En Europa, el modelo del Estado social de derecho alcanzó su madurez cuando se detectaron sus problemas y se intentó solucionarlos. Por ello no puede afirmarse que el modelo europeo (de corte neoliberal) sea uno puro o estándar, pues recogía al anterior con algunas mejoras, y se diseñó para un contexto particular.

Por el contrario, en países como el nuestro su nacimiento fue traumático, pues surgió con deformaciones originales, como el establecimiento de medidas neoliberales; es decir, nació con una cura para una enfermedad que no tenía, y creó otra peor que, como sucede en la biología, atacó a los organismos más débiles o menos protegidos.

Una muestra de ello es la afirmación del doctrinante Antonio Embid Irujo, un poco peyorativa, de que la preocupación por derechos con una garantía reforzada, como el derecho al agua (derecho fundamental), es una cuestión que no ofrece preocupaciones en el ordenamiento interno de España, al margen de uno que otro caso particular, pues las necesidades básicas están satisfechas, pero la situación es diferente, señala el propio autor, en los países tercermundistas (2006).

Sin entrar en discusiones de fondo sobre la afirmación, queremos precisar que el modelo de Estado que se adopte, con sus realidades correspondientes, depende de los comportamientos y garantías que se deban asumir. Por lo tanto, en el estado actual de cosas, incluso después de veinte años de la expedición de la vigente Constitución, se debe tener presente que la prestación de los servicios públicos domiciliarios es una cuestión de derecho público (Atehortúa, 2006), y para los más defensores de lo público, una expresión de la función administrativa (Gómez y Sierra, 2009; Marín, 2010; Suárez, 2010).

Para fortuna de la defensa de estos postulados, la Corte Constitucional avaló la condición de derecho público de los servicios públicos domiciliarios, ya que “constituyen instrumentos que permiten asegurar la realización de los fines del Estado Social de Derecho, al encontrar una relación inescindible entre éstos y la satisfacción de necesidades que comprometen de manera directa derechos de rango constitucional y la posibilidad de garantizar una existencia en condiciones dignas de todos los habitantes”.⁹

⁹ Sentencia SU-1010 de 2008, M.P.: Rodrigo Escobar Gil.

El derecho al acceso al agua potable

El derecho al acceso al agua potable es una cuestión de difícil definición. Siempre se recalca su importancia para la vida humana,¹⁰ pero no se ha concretado una definición, en primera medida, conceptual, para dimensionar su alcance, y mucho menos se ha precisado una definición jurídica.¹¹ Actualmente, en Colombia, aunque se han realizado intentos, como el fallido referendo, no existe una definición específica de los alcances del derecho al acceso al agua potable. El país ha suscrito diversidad de tratados internacionales¹² que tratan el tema, pero ninguno de ellos tiene la última palabra en lo referente a este asunto.

Es por ello, como ya se ha advertido, que la preocupación inicial partió del derecho internacional público y ha sido asumida en el ordenamiento interno por el bloque de constitucionalidad y por las disposiciones de la Corte Constitucional.

Sin ánimo de realizar una línea jurisprudencial sobre el tema,¹³ ya que el propósito es mostrar el estado del arte en

¹⁰ La importancia del agua radica en que es indispensable para la supervivencia de cualquier especie, y en particular para cubrir las necesidades básicas del ser humano (Fernández, 2007).

¹¹ Al respecto señala Aniza García: “El derecho al agua, como todos los derechos, perfila su contenido en el contraste con la vida real, bien por vía legislativa, bien por vía administrativa o judicial. Ello no implica, sin embargo, que no sea posible enunciar un ‘núcleo esencial’ del derecho, deducible de forma inmediata de la propia necesidad que se pretende tutelar y que no depende, por tanto, de uno u otro ordenamiento sino que es, en cierto sentido, aplicable a todos ellos. Esta definición de mínimos deberá completarse en cada ordenamiento y realidad nacional con las especificaciones del caso” (2008: 179).

¹² El principal referente en nuestro país es el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, suscrito el 16 de diciembre de 1966 y ratificado por Colombia el 29 de octubre de 1969, aprobado por la Ley 74 de 1968.

¹³ La Corte Constitucional, en la Sentencia T-717 de 2010, M.P.: María Victoria Calle Correa, realiza un recuento de varias sentencias en materia de protección

la materia, con la ayuda de las sentencias más recientes de la Corte Constitucional y, en menor medida, de las del Consejo de Estado, pretendemos circunscribir el derecho al acceso al agua potable en el sistema jurídico colombiano.

El debate acerca de la fundamentalidad del acceso al agua potable no es pacífico, y trae consigo una problemática que puede resumirse en una serie de preguntas que permiten evaluar su sustento jurídico. La primera de ellas tiene correspondencia con el objetivo principal de la ponencia: ¿qué clase de derecho es el tutela el acceso al agua potable?

Para responderla, se debe desglosar esta expresión compleja. Lo primero a destacar es la palabra *acceso*, es decir, disposición del recurso natural; por ello, en la doctrina internacional y especializada en el tema se cambió la expresión *derecho de aguas* (género) por *derecho al agua* (especie). Con relación al primero se ha dicho que es un derecho objetivo y que incluye el estudio de todos los aspectos relativos al líquido, de manera que dentro del derecho de aguas se consideran especies tales como el derecho marítimo y fluvial y los bienes de uso público. El segundo, el derecho al acceso al agua, o simplemente derecho al agua, se refiere a la disponibilidad del líquido para un individuo, bien sea para el consumo humano o para el consumo de la industria (Embid, 2006; García, 2008). Es así como entiende Marienhoff el agua, al decir de ella que “aparte de constituir un elemento indispensable para la vida humana y animal, el agua sirve como vehículo para el comercio, como medio de comunicación, representando, en este orden de ideas, el más económico de los caminos; empleada como fuerza motriz, representa el más económico de los motores...” (2006: 51).

del derecho al agua. Esta es la sentencia más reciente en la materia, y en muchos aspectos, una sentencia hito.

Y del mismo modo que su destinación puede ser variada, diversas son las posiciones respecto a si tiene un valor y cómo se determina este. Marienhoff, al referirse a las posiciones que plantean que su valor emana de la necesidad o del uso que se le dé, afirma que “sea cual fuere la necesidad a cuya satisfacción esté destinada, recibe, como cualquier otro bien, los efectos de la ley económica de la oferta y de la demanda”, y sigue diciendo que “su valor dependerá de su abundancia o escasez y de la índole de las necesidades que deba satisfacer; valor que, por lo tanto, estará determinado por la ‘utilidad’ y la ‘rareza’ del agua” (2006: 53).

El anterior enunciado resume la discusión sobre si el agua tiene precio o no, cuestión que no se tratará en este espacio, aunque se volverá a mencionar, al menos tangencialmente, cuando se analice el efecto de los servicios públicos domiciliarios en la prestación del agua potable.

Ahora bien, el segundo elemento que sobresale en el concepto es el de *agua potable*, que cualifica al agua con una característica especial. La legislación colombiana divide el concepto de agua en dos acepciones:

Agua cruda: Es el agua natural que no ha sido sometida a proceso de tratamiento para su potabilización. // [...]

Agua potable o agua para consumo humano: Es aquella que por cumplir las características físicas, químicas y microbiológicas, en las condiciones señaladas en el presente decreto y demás normas que la reglamenten, es apta para consumo humano. // Se utiliza en bebida directa, en la preparación de alimentos o en la higiene personal. (Decreto 1575 de 2007, art. 2.º)

Es el agua potable la que tiene la condición de esencial para la vida del ser humano, y en ello radica la importancia de la discusión acerca de su consagración como derecho fundamental, por cuanto “se utiliza en bebida directa, en la preparación de alimentos o en la higiene personal”, y no, por ejemplo, para destinarla a actividades productivas.

En conclusión, el derecho al acceso al agua potable se debe entender como un derecho de carácter subjetivo, ya que el receptor es un sujeto, y cumple con los demás requisitos para ser considerado como tal (cf. Arango: 7 y ss.). Sin embargo, para muchos esta construcción es lábil y depende más de posturas programáticas relativas a la lucha contra la pobreza, que terminarían por caracterizar el derecho al agua como un derecho subjetivo a la prestación de un servicio público (Embid, 2006: 55-56).

Por consiguiente, uno de los aspectos esenciales del derecho al agua potable se define por la separación entre la accesibilidad física y la accesibilidad económica. La primera de ellas se refiere a la posibilidad de las personas para tener el recurso como tal, es decir, que se den las condiciones fácticas para acceder al líquido. Es ajena a cualquier consideración de otra índole, como los factores técnicos (que el acceso se dé por medio de redes de distribución o de botellones) o los factores económicos (como la gratuidad del servicio); únicamente se refiere a la posibilidad de acceso real y efectivo por parte de las personas que lo requieran.

El segundo aspecto, mucho más problemático, se relaciona con el costo económico, y es objeto de una tremenda discusión atinente al cobro por el servicio de agua potable; pues si se define el acceso a este recurso como un derecho inherente y perteneciente a cada persona por el mero hecho de serlo, en otras palabras, desde su nacimiento, no tendría sentido esta

acepción, y siendo extremistas, la existencia de algún costo para acceder al agua potable se constituiría en una violación de los derechos.

Entendiendo que el derecho al agua ha sido establecido en la Constitución, en el título XII, capítulo 5, “De la finalidad social del Estado y de los servicios públicos”, como una necesidad social (art. 366)¹⁴ que se debe satisfacer por medio de los servicios públicos (art. 365) –en el caso del agua potable, por medio del servicio público de acueducto–, ¿implicaría esto una fundamentalización de un servicio público?

Para responder a tan complejo asunto se deben revisar los pronunciamientos jurisprudenciales acerca del tratamiento del derecho al agua a través de las acciones constitucionales. Lo que ahora se presenta, entonces, es el análisis jurisprudencial del tema.

Tanto el Consejo de Estado como la Corte Constitucional, luego de la promulgación de la Constitución, han expedido fallos jurisprudenciales que tocan el tema del derecho al agua; el máximo tribunal de lo contencioso administrativo, en el período analizado, lo hizo en torno a la protección por medio de las acciones populares de derechos colectivos como el goce de un ambiente sano, la existencia del equilibrio ecológico, la seguridad y salubridad públicas, el acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública y el acceso a los servicios públicos y a su prestación eficiente

¹⁴ “Artículo 366. El bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado. Será objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y *de agua potable*.”

Para tales efectos, en los planes y presupuestos de la Nación y de las entidades territoriales, el gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación” (las cursivas son nuestras).

y oportuna, todos estos aspectos encaminados a la protección del último elemento del derecho al acceso al agua potable, es decir, su misma potabilización.¹⁵

Por otro lado, el propio Consejo de Estado, en el período estudiado, ha hecho referencia, muy tangencialmente, al derecho al agua cuando ha desarrollado el tema de los servicios públicos domiciliarios y su régimen, cuestión que no se evaluará en razón de la extensión de la ponencia.

La Corte Constitucional se ha ocupado del tema de manera más directa, pues ha protegido el derecho al agua, ya sea como derecho autónomo (Sentencias T-546 de 2009, T-418 de 2010 y T-717 de 2010) o como derecho fundamental por su conexidad con otros derechos, básicamente, el derecho a la vida y a la salud, y cuando recae en sujetos especiales como los niños, por conexidad con sus derechos (Sentencias T-232 de 1993, T-270 de 2007 y T-614 de 2010).

En este sentido, ha protegido por vía de tutela diferentes aspectos del derecho al agua relacionados con la garantía mínima de i) la disponibilidad,¹⁶ ii) la calidad,¹⁷ iii) el acceso¹⁸ y iv)

¹⁵ Las referencias más relevantes de esta línea jurisprudencial del Consejo de Estado pueden consultarse en la sección de jurisprudencia, en la lista de referencias que se encuentra al final de este texto.

¹⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-270 de 2007, M.P.: Jaime Araújo Rentería; Sentencia T-546 de 2009, M.P.: María Victoria Calle Correa; y Sentencia T-717 de 2010, M.P.: María Victoria Calle Correa.

¹⁷ Sentencia T-523 de 1994, M.P.: Alejandro Martínez Caballero; Sentencia T-092 de 1995, M.P.: Hernando Herrera Vergara; Sentencia T-410 de 2003, M.P.: Jaime Córdoba Triviño; Sentencia T-091 de 2010; M.P.: Nilson Pinilla Pinilla.

¹⁸ Sentencia T-578 de 1992, M.P.: Alejandro Martínez Caballero; Sentencia T-232 de 1993, M.P.: Alejandro Martínez Caballero; Sentencia T-539 de 1993, M.P. José Gregorio Hernández Galindo; Sentencia T-616 de 2010, M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva.

la no discriminación en la distribución,¹⁹ en consonancia con la obligación de emplear el máximo de los recursos disponibles para hacer efectivo el derecho al agua a toda la población.

Todos aquellos aspectos, unos en mayor medida que otros, se relacionan con la prestación del servicio público domiciliario de acueducto; pero sin lugar a dudas, el que más influye es la no suspensión del servicio a personas especialmente protegidas, aun existiendo conexión fraudulenta o ilegal (Sentencia T-717 de 2010).

Esta línea jurisprudencial se replica en las sentencias de tutela que, casi a diario, fallan en contra de las empresas prestadoras de servicios públicos. Así, en las Empresas Públicas de Medellín se llegó a unas conclusiones particulares sobre las múltiples acciones de tutela que recibe la empresa para reclamar la reconexión del servicio de acueducto:

- a. Existe un problema social –verificable de manera individual en las acciones de tutela– relacionado con la capacidad de pago de los usuarios de los servicios públicos domiciliarios, que se centra, básicamente, en el servicio público de acueducto.
- b. La mayoría de los mecanismos de defensa de las empresas no surten efecto, ya que la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional ha planteado el problema y ha establecido qué acciones son las violatorias o vulneradoras de los derechos fundamentales. La Corte no ha encontrado otra solución que la reconexión, pero no ha evaluado qué consecuencias tiene para el sistema ni cuáles podrían ser otras alternativas.

¹⁹ Sentencia T-143 de 2010, M.P.: María Victoria Calle Correa; Sentencia T-418 de 2010, M.P.: María Victoria Calle Correa.

- c. La figura jurídica del *relevo institucional* no ha sido desarrollada a fondo por los jueces, y pocos de ellos la aplican. Sin embargo, existe la posibilidad (al menos enunciada por la propia Corte Constitucional) de concluir que es una labor del Estado, en cabeza de sus entes territoriales, garantizar la prestación continua del servicio público de acueducto cuando se trata de sujetos especialmente protegidos.
- d. El sistema de financiación no es acorde con las realidades económicas del sistema de los servicios públicos domiciliarios, ya que responde solamente a los problemas individuales, mas no a los sociales.

Discusión sobre las alternativas de protección del derecho al agua²⁰

Sin pretender formular una conclusión, sino una discusión acerca del tema tratado en este trabajo, cabría preguntarse, en caso de comprobar que la fundamentalización del acceso al agua potable no garantiza el cumplimiento de los fines propuestos con su consagración por parte de la Corte Constitucional, como se infiere de los apartados anteriores, si existe una alternativa que permita garantizar el acceso al agua potable. Ello desde la perspectiva de la teoría de los derechos fundamentales y de su compatibilidad con la teoría de los servicios públicos.

Dos medidas que se han intentado son la institucionalización del programa del mínimo vital de agua potable,

²⁰ En razón del espacio solo se enunciará una alternativa, mostrando sus virtudes, aunque en la investigación se realizó un estudio más profundo. Se advierte además, que no son conclusiones de la investigación, sino una propuesta que requiere de un análisis más detallado.

denominado Litros de Amor,²¹ y la elaboración del sistema de prestación del servicio de acueducto prepago.²² Ambas medidas, al parecer, buscan aliviar el problema para poblaciones distintas, pues el primero se dirige a usuarios que estén recibiendo el servicio de acueducto, mientras que el segundo está destinado a los llamados “desconectados”.

Empero, cuando se analizan las sentencias de la Corte Constitucional, se observa que el grupo de personas podría ser el mismo, y que de no ser así habría una clara violación del principio de igualdad. Los usuarios del sistema de prepago solicitarían el amparo constitucional para recibir las cantidades mínimas de agua, ya que pueden estar en las mismas o en peores condiciones fácticas que los beneficiarios del programa del mínimo vital de agua potable.

Por lo tanto se necesita que, con una buena base de datos, se cruce información y se establezca una forma de precargas para el sistema de prepago, que estarían a cargo del programa del mínimo vital. Con todo, se debe recordar que los beneficiarios deberían tener ciertas características, aunque algunas no se correspondan con los lineamientos jurisprudenciales anteriormente analizados

²¹ El programa nació como un proyecto de la Alcaldía de Medellín (2007-2010) que buscaba brindar a los hogares más pobres de la ciudad la cantidad básica de agua necesaria para el cuidado, aseo y subsistencia, por medio de un auspicio que cubre hasta 2,5 m³ mensuales por persona, cantidad suficiente para el aseo personal y del hogar, la alimentación y el cuidado de plantas. Ahora bien, con los recientes fallos de la Corte Constitucional, el Concejo Municipal aprobó el Acuerdo 06 de 2011, con el que se institucionaliza el proyecto, aunque para darle aplicación falta la reglamentación que debe hacer el alcalde municipal.

²² Es un programa piloto que está implementando EPM en el municipio de Medellín con el fin de determinar los comportamientos de los usuarios, para poder proponerlo como forma de prestación del servicio público de acueducto con una fórmula tarifaria diferente, con lo cual se busca también la recuperación de costos.

¿Cuáles son las ventajas de combinar las alternativas?: i) se cumplen los lineamientos de la Corte Constitucional y del derecho internacional, en tanto no hay suspensión del servicio, aun cuando el usuario no tenga capacidad para pagar; ii) para la empresa prestadora sería un sistema “limpio”, porque no otorgaría servicios gratis sino que se los cobraría al programa, y se ahorraría pérdidas al evitar las reconexiones ilegales; y iii) no se presentaría la colisión de las reformas constitucionales, pues se garantizarían los derechos fundamentales, en este aspecto, y el sistema de los servicios públicos cumpliría con sus objetivos, en especial los que tienen que ver con el Estado social de derecho.

Como se ha observado, los cambios constitucionales tuvieron una fuerte repercusión en temas sensibles del derecho público. Ya afirmaba el profesor Libardo Rodríguez que la Constitución trajo consigo transformaciones positivas y negativas. Entre las primeras se cuenta el desarrollo de las garantías de los derechos fundamentales y el avance del Estado social de derecho; y entre las segundas, la inseguridad jurídica resultante de la incoherencia entre múltiples fallos judiciales (2010: 234-235).

Para responderle al profesor Rodríguez bastaría con afirmar que la inseguridad jurídica se puede evitar si el Estado, en sus distintas ramas del poder y en sus organismos autónomos, se toma en serio la Constitución y adopta medidas proactivas, como las que se han enunciado aquí. Esto hará que nos convirtamos en un verdadero Estado social de derecho.

Referencias

Libros y artículos

- Alexy, R. (2003). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Arango, R. (2005). *El concepto de los derechos sociales fundamentales*. Bogotá: Legis.
- Atehortúa, C. A. (2006). *Servicios públicos, domiciliarios, proveedores y régimen de controles*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bernal Pulido, C. (2005a). “El concepto de servicio público domiciliario en el ordenamiento jurídico colombiano”. *Letras Jurídicas*, 10 (1), pp. 105-141.
- Bernal Pulido, C. (2005b). *El derecho de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bernal Pulido, C. (2007). *Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Chinchilla, T. (2009). *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?* Bogotá: Temis.
- Embid Irujo, A. (2006). “El derecho al agua en el marco de la evolución del derecho de aguas”. En A. Embid Irujo (dir.), *Derecho al agua*, pp. 15-57. Navarra: Aranzadi.
- Fernández, A. (2007). “La actuación pública sobre el agua dulce en el contexto mundial. Algunas iniciativas para el reconocimiento del derecho humano al agua”. *Revista Electrónica de Derecho Ambiental*. Recuperado de <http://huespedes.cica.es/aliens/gimadus/16/07_articulo_agua.htm>.
- García, A. (2008). *El derecho humano al agua*. Trotta: Madrid.
- Gómez Cabana, M. C. y D. Sierra Sorockinas (2009). “La crisis o transformación de la función administrativa: una mirada hacia el servicio público”. *Letras Jurídicas*, 14 (2), pp. 13-31.

- López Medina, D. E. (2006). *El derecho de los jueces*. Bogotá: Legis.
- Marienhoff, M. (2006). *Tratado de derecho administrativo*, t. VI. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Marín Cortés, F. G. (2010). *Los servicios semipúblicos domiciliarios*. Bogotá: Temis.
- Rodríguez, L. R. (2010). “Panorama de las trasformaciones del derecho público colombiano con ocasión de la Constitución de 1991”. En C. M. Molina B. y L. R. Rodríguez (coords.). *El derecho público en Iberoamérica: evolución y expectativas*, t. I, pp. 211-235. Medellín y Bogotá: Universidad de Medellín y Temis.
- Sierra Sorockinas, D. (2009). “Colisión de derechos fundamentales: una visión desde el derecho a la vida y el derecho a la libertad religiosa”. *Diálogos de Derecho y Política*, 1 (1). Recuperado de <<http://aprendeonline.udea.edu.co/revistas/index.php/derypol/article/view/2116/1832>>.
- Suárez Tamayo, D. (2010). *Huida o vigencia del derecho administrativo: el caso de los servicios públicos domiciliarios. Transformaciones-tendencia del derecho administrativo*. Medellín: Universidad Antioquia.

Jurisprudencia

- Colombia, Consejo de Estado, Sección Quinta. Sentencia de 25 de septiembre de 2003, Rad.: 2001-0282(AP). C.P.: Darío Quiñones Pinilla.
- Colombia, Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia de 22 de enero de 2004, Rad.: AP-0287. C.P.: Camilo Arciniegas Andrade.
- Colombia, Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia de 19 de febrero de 2004. Rad.: 2002-1405(AP). C.P.: Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta.

- Colombia, Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia de 24 de febrero de 2005. Rad.: 2002-00990(AP). C.P.: Camilo Arciniegas Andrade.
- Colombia, Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia de 30 de marzo de 2006. Rad.: 2004-00027(AP). C.P.: Camilo Arciniegas Andrade.
- Colombia, Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia de 27 de julio de 2006. Rad.: 2003-01082(AP). C.P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
- Colombia, Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia de 24 de enero de 2008. Rad.: 2003-00426(AP). C.P.: Marco Antonio Velilla Moreno.
- Colombia, Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia de 24 de julio de 2008. Rad.: 2004-00159 (AP). C.P.: Marco Antonio Velilla Moreno.
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-406 de 1992. M.P.: Ciro Angarita Barón.
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-578 de 1992. M.P.: Alejandro Martínez Caballero.
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-232 de 1993. M.P.: Alejandro Martínez Caballero.
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-539 de 1993. M.P.: José Gregorio Hernández Galindo.
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-134 de 1994. M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa.
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-523 de 1994. M.P.: Alejandro Martínez Caballero.
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-092 de 1995. M.P.: Hernando Herrera Vergara.
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-083 de 1995. M.P.: Carlos Gaviria Díaz.

- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-252 de 2001. M.P.:
Carlos Gaviria Díaz.
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-881 de 2002. M.P.:
Eduardo Montealegre Lyneth.
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-227 de 2003. M.P.:
Eduardo Montealegre Lyneth.
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-410 de 2003. M.P.:
Jaime Córdoba Triviño.
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-270 de 2007. M.P.:
Jaime Araújo Rentería.
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia SU-1010 de 2008.
M.P.: Rodrigo Escobar Gil.
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-546 de 2009. M.P.:
María Victoria Calle Correa.
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-649 de 2009. M.P.:
Humberto Antonio Sierra Porto.
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-091 de 2010. M.P.:
Nilson Pinilla Pinilla.
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-143 de 2010. M.P.:
María Victoria Calle Correa.
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-418 de 2010. M.P.:
María Victoria Calle Correa.
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-616 de 2010. M.P.:
Luis Ernesto Vargas Silva.
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-717 de 2010. M.P.:
María Victoria Calle Correa.

Este libro fue compuesto en caracteres Adobe Caslon Pro
11 puntos, impreso sobre papel propal de 70 gramos
y encuadernado con método Hot Melt, en el mes de
diciembre de 2011, Bogotá, D. C., Colombia



En el mes de septiembre de 2011 se realizó en la Universidad del Rosario el Primer Concurso Nacional de Semilleros de Investigación, en el marco del Seminario Internacional “Veinte Años de Constitucionalismo Social”, orga-

nizado con ocasión del vigésimo aniversario de la Constitución Política. En total se presentaron 41 ponencias, de las cuales 36 fueron seleccionadas para participar en el concurso. En este volumen se reúnen las ponencias de los estudiantes que obtuvieron los primeros tres puestos en el concurso.

Conscientes de la importancia de fomentar entre los estudiantes el estudio de temas relacionados con la democracia, la participación ciudadana y los derechos humanos, desde distintas visiones del derecho, la Fundación Hanns Seidel y el Observatorio Legislativo de la Universidad del Rosario aunaron esfuerzos para crear la presente colección, dedicada a recoger en sus páginas los estudios y las reflexiones de los estudiantes de derecho. El propósito es apoyar, en primer término, el fortalecimiento de la democracia por medio del estudio de sus bases y principios, y en segundo lugar, el desarrollo de la labor de investigación formativa, hoy tan importante en la enseñanza del derecho.

Cada año, esta colección recogerá las ponencias seleccionadas por pares académicos de alto nivel, después de valorar los criterios básicos de publicación del nivel formativo. El llamado se dirige, pues, a todos los estudiantes de derecho, para que dediquen tiempo de su formación académica y profesional a la investigación de temas de especial relevancia en nuestra nación, y para que aporten, desde su rol, a la construcción de un mejor país.

